Decis.
4
k.0

Digitized by Google

Decis.
4 b - 0

Digitized by Google

Digitized by Google

Rechtssätze

aus

Erkenntnissen

des

Königl. Oberappellationsgerichts zu Dresden.

Herausgegeben

von

Gustav Adolph Ackermann,
Appellationsrath.

Dresden und Leipzig,
Arnoldische Buchhandlung.
1849.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Dem

Herrn

Friedrich August Meißner,

Präsident des Appellationsgerichts zu Dresden und Comthur des Königl. Sächs. Verdienstordens,

widmet

diese Sammlung

der

Herausgeber.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vierzehn Jahre sind es, daß ich einem Collegium anzugehören die Ehre habe, dessen Vorstand Sie, verehrtester Herr Präsident, von dessen Begründung an sind; und ich kann es wohl sagen, daß diese Jahre zu den schönsten meines Lebens gehören. Das stets so gut erhaltene Einverständniß mit so lieben Collegen, vor Allem aber die freundliche Humanität und Nachsicht, welche Sie, im treuen Dienste des Vaterlandes ergraut, mir stets bewiesen, hat mich bestimmt, Ihnen in der Widmung dieser Sammlung einen nur kleinen Zoll meiner innigsten Dankbarkeit zu bringen.

Digitized by Google

Ist ie eine Widmung aus dem Gefühle der reinsten Verehrung hervorgegangen, so ist es die meine. Nehmen Sie, verehrtester Herr Präsident, daher dieselbe aus diesem Gesichtspunkte in der gewohnten Freundlichkeit auf, und bewahren Sie auch ferner Ihr gütiges Wohlwollen

Dresden, am 28. Mai 1849.

Ihrem

ganz ergebensten

Gustav Adolph Ackermann.

Digitized by Google

Vorwort.

Mag auch die Gegenwart für die ernsten Lehren der Themis kein Ohr haben, mögen auch bei den Reichshändeln die Rechtshändel in den Hintergrund treten; so wird es doch der letzteren geben, so lange die Welt stehet, und diese nicht von Engeln bewohnt wird. Giebt es aber Rechtshändel; so giebt es auch verschiedene Meinungen, Unsicherheit in der Entscheidung derselben. Selbst die besten Civil- und Prozeßgesetzbücher bannen diese Unsicherheit nicht ganz, da Vollkommenheit auch hier nur Ideal bleiben wird. Die Meinungsverschiedenheit der verschiedenen Instanzen, welche ein Prozeß zu durchlaufen hat, müssen aber die streitenden Partheien mit ihrer Ruhe, mit ihrer Zeit und mit ihrem Gelde bezahlen; — und erst im letzten Gerichtshofe wird der entscheidende Spruch verkündet. Dem redlichen Unterrichter, dem gewissenhaften Sachwalter und den armen Partheien kann es daher nur erwünscht sein, in den ersten Stadien des Prozesses zu wissen, wie die einschlagende Rechtsfrage in letzter Instanz beantwortet werde.

Deshalb hat auch fast iedes deutsche Land seine Sammlungen solcher letztinstanzlichen Entscheidungen. Auch Sachsen hat sie aus ältester und neuester Zeit. Und wenn auch die geschätzten Werke Kinds, Gottschalks, v. Langenns und Koris mehr eigentliche Abhandlungen iuristischer Streitfragen sind, so beziehen sie sich doch meist auf Entscheidungen des obersten Gerichtshofes Sachsens, des vormaligen Appellationsgerichts. Eigentliche Sammlungen finden wir in von Hartitzsch praktischer Erläuterung

Digitized by Google

zweifelhafter Rechtsfälle. Leipzig, 1840. Allein dieses schätzbare Collectaneum beschränkt sich nicht blos auf letztinstanzliche Entscheidungen; es giebt, und fast meist, Rechtssätze der zweiten Instanzen. Dasselbe gilt von den zahlreichen Präiudizen der seit dem Jahre 1838 bei Tauchnitz in Leipzig erscheinenden Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung (bis jetzt 10 Bände). Mehr nähert sich meinem Zwecke das ebendaselbst seit dem Jahre 1841 erscheinende, bis jetzt 8 Jahrgänge umfassende Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle; allein es entfernt sich dasselbe insoweit wieder von meinem Ziele, als es, wie schon der Titel sagt, die Rechtsfälle in ihren ganzen Verhandlungen und mit allen ihren Entscheidungen giebt. Meine „Rechtssätze" sollen dagegen, mit thunlichster Vermeidung alles Ueberflüßigen, alles Prozeßgeschichtlichen, eben nur Rechtssätze mittheilen, wie sie das hiesige Oberappellationsgericht seinen Entscheidungen in letzter Instanz unterlegt.

Der Richter, wie der Sachwalter mögen aus ihnen abnehmen, wie die unter ihnen zweifelhafte Frage im obersten Gerichtshofe entschieden werden würde, wenn sie je dahin kommen könnte; und Sachwalter und Partheien können sich beruhigen, wenn sie in erster Instanz nach diesen Grundsätzen entscheiden sehen.

So, glaube ich, könnte meine Sammlung, deren Aufnahme beim iuristischen Publikum ihre fernere Lebensdauer bestimmen wird, selbst zur Abkürzung der Prozesse etwas beitragen und Gutes stiften für die Streitenden.

Möge mein Unternehmen Freunde und billige Beurtheiler finden.

Dresden, am 26. Mai 1849.

Ackermann.

Digitized by Google

Inhalt.

		Seite
1.	Das Anwachsungsrecht bei Legaten. (Erkenntn. v. 12. Septbr. 1848)	1.
2.	Die Sächsische Frist bei den Ladungen zu Schwörungsterminen (Erk. vom 5. Octbr. 1848)	4.
3.	Totalität des Ergebnisses der Beweisführung. (Erk. vom 20. Septbr. 1848)	5.
4.	Wirthschafterin nicht stets Dienstbote. (Erk. vom 2. Aug. 1848)	6.
5.	Rückgabe des Eides über fremde und gemeinschaftliche Handlungen. (Erk. vom 15. Juli 1848)	8.
6.	Uebertragung der Verbindlichkeiten, welche über die Natur der Actien hinausgehen. (Erk. v. 29. März 1848)	9.
7.	Vereinigung der Bietenden, sich nicht zu überbieten. (Erk. vom 9. Novbr. 1847)	10.
8.	Eine Gratification des Gemeinschuldners. (Erk. v. 30. Novbr. 1847)	13.
9.	Querela non numeratae pecuniae contra apocham. (Erk. v. 1. März 1848)	14.
10.	Der animus possidendi bei der Verjährung affirmativer Befugnisse. (Erk. v. 28. März 1848)	15.
11.	Rentamtsrechnungen als Beweisurkunden. (Erk. v. 20. Juni 1848)	—
12.	Inhibition an den natürlichen Eigenthümer auf Antrag des Civileigenthümers. (Verordnung v. 3. Aug. 1848)	—
13.	Zinsen von Zinsen. (Erk. v. 23. Aug. 1848)	16.
14.	Justa causa bei Wiedereinsetzung in vorigen Stand. (Verordn. v. 7. Septbr. 1848)	17.
15.	Vetus mos. (Erk. v. 19. Aug. 1848)	18.
16.	Das Vorlesen eines Protocolls genügt auch ohne die Bemerkung der Genehmigung. (Erk. v. 20. Septbr. 1848)	—
17.	Bei Inhibition eines bedrohten Rechts bedarf es der Bescheinigung einer Gefahr nicht, und können bei einer solchen noch Zeugen angegeben werden (Erk. v. 14. Novbr. 1848)	19.
18.	Das Aussprechen einer subjectiven Ansicht über einen vermeintlichen Anspruch ist schon Diffamation (Erk. v. 14. Octbr. 1848)	20.
19.	Beweiskraft alter archivalischer Urkunden (Erk. v. 28. April 1846)	—

Digitized by Google

		Seite
20.	Erfüllungseid bei mehr als halbem Beweis (Erk. v. 28. Jan. 1846)	21.
21.	Der Vater als Stellvertreter seines Hausſohnes im Proceſſe (Erk. v. 7. Mai 1846)	22.
22.	Eidesantrag über Artikel, bei denen zugleich Edition verlangt, und Editionseid angetragen worden iſt (Erk. vom 28 Mai 1846)	23.
23.	Excipiens non fatetur (Erk. v. 27. Aug. 1846.)	24.
24.	Dingliche Laſt (Erk. v. 12. Novbr 1846)	25.
25.	Erſcheinen vor einem incompetenten Gerichte ohne Proteſt (Erk. v. 24. Novbr. 1846)	—
26.	Stricte Auslegung des vorgeſchriebenen Präjudizes für Ladungen (Erk. v. 11. Novbr. 1846)	26.
27.	Ruſticität iſt heut zu Tag kein Wiedereinſetzungsgrund (Erk. v. 11. Nov. 1846)	27.
28.	Ein Riß kann in jedem Stadium des Proceſſes benutzt werden (Erk. v. 26. Nov. 1846)	—
29.	Vermuthung der Dotalqualität landwirthſchaftlicher Gegenſtände, welche ein Schwiegervater dem Schwiegerſohn überlaſſen (Erk. v. 19. Nov. 1846)	28.
30.	Zurückweiſung verſäumter Sätze (Erk. 3. März 1847)	—
31.	Perſönliche Klagen gegen Denjenigen, welcher ein Servitut zugeſichert hat (Erk. v. 23. März 1847)	29.
32.	Attentat gegen eine Appellation (Verordnung v. 22. April 1847)	30.
33.	Begriff eines Pertinential-Grundſtücks (Erk. v. 17. April 1847)	31.
34.	Klageveränderung (Erk. v. 29. Juni 1847)	—
35.	Die Verpflichtung, Zeugniß abzulegen (Erk. v. 27. Octbr. 1847)	33.
36.	Iſt die Einrede der erlöſchenden Verjährung hypothekariſcher Forderung Amtswegen zu ſuppliren? (Erk. v. 19. Octbr. 1847)	36.
37.	Mitverpfändung des Inventars. Unterpfand an den natürlichen Früchten (Erk. v. 18. Novbr. 1847)	39.
38.	Vertretungsverbindlichkeit eines Juſtitiars, einem Kirchenärare und dem Collator gegenüber. Eviction. Falſcher Rath. (Erk. v. 31. Aug. 1848)	42.
39.	Beſtellung von Wegegerechtigkeiten bei Dismembrationen (Erk. v. 16. Febr. 1848)	48.
40.	Verpflichtung des Klägers hinſichtlich der Production der Urkunden (Erk. v. 7. März 1848)	49.
41.	Kauf nach Probe (Erk. v. 28. Juni 1843)	50.
42.	Alimente von geſchiedenen Ehewelbern für ihre ehelichen Kinder gefordert (Erk. v. 18. Octbr. 1848)	—
43.	Schädenklage bei Wechſeln, deren Förmlichkeiten nicht in Ordnung ſind (Erk. v. 4. Octbr. 1848)	52.
44.	Verwendung der Zinſen von Erſtehungsgeldern (Verordn. v. 2. Novbr. 1848)	53.
45.	Dispoſitionsfähigkeit eines Hausſohnes (Erk. v. 1. Novbr. 1848)	55.
46.	Rechtliche Folge des Außenbleibens im Pro- oder Reproductionstermine (Erk. v. 31. Mai 1848)	—
47.	Die Wirkung einer Rechtserwerbung durch langjährigen Gebrauch (Erk. v. 5. Aug. 1848)	60.

Digitized by Google

		Seite
48.	Verkauf einer verpfändeten Sache (Erk. vom Jan. 1848)	62.
49.	Einiges über die Beitragspflichtigkeit der auf Rittergutes Grund und Boden gebauten Häuser zu Ritterpferdsgeldern und zu den an deren Stelle getretenen Abgaben (Erk. v. 27. Febr. 1848) . . .	63.
50.	Die accessorische Adhäsion (Erk. v. Febr. 1848) . .	67.
51.	Einvierteljährige oder einmonatliche Vorausbezahlung von Alimenten? (Erk. v. 27. Juli 1848) . .	69.
52.	Der Ehefrau Erborgung von Geldbarlehnen für ihren Ehemann (Erk. v. 11. Mai 1848)	70.
53.	Erbleten zur Diffession (Erk. v. 29. Juli 1848) . . .	71.
54.	Simplicitas des Betrogenen (Erk. v. 18. Octbr. 1848)	74.
55.	Mühlteiche und Sammelteiche (Erk. v. 9. Febr. 1848) .	75.
56.	Kann aus einem Schuldbocumente, in welchem beiläufig eines Kaufgeschäfts gedacht wird, executiv auf Erfüllung des sogenannten Zahlungsversprechens geklagt werden (Erk. v. 16. Decbr. 1847) . . .	76.
57.	Eine Heirath als Bedingung eines Gutsverkaufs (Erk. v. 10. Novbr. 1847.)	78.
58.	Die Einrede, der Verkäufer habe einen auf dem verkauften Grundstücke lastenden Wiederkauf verschwiegen (Erk. v. 8. März 1848)	79.
59.	Das Versprechen, etwas „nach Möglichkeit" zu thun (Erk. v. 23. Septbr. 1848)	82.
60.	Vetus mos bei Bewässerungsrechten (Erk. v. 29. Aug. 1848)	83.
61.	Zur Lehre von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe (Erk. v. 5. Juli 1848)	84.
62.	Actien-Einzahlungen nach dem Verkaufe der Actien sind dem Verkäufer zu ersetzen (Erk. v. 5 Juli 1848)	—
63.	Spesen und Kosten bei wechselmäßiger Regreßnahme (Erk. v. 31. Aug. 1848)	85.
64.	Schuldforderungen bei Wechsel-Regressen (Erk. v. 31. Aug. 1848)	86.
65.	Realbefugnisse als Gegenstand des Executions- und des Executivprocesses (Erk. v. 6. Septbr 1848)	87.
66.	Das Recht auf Lehnwaare (Erk. v. 4. April 1848) .	88.
67.	Fortbestehen der Verbindlichkeit des Hauptschuldners, welcher einen Bürgen gestellt hat (Erk. v. 12. Octbr. 1847)	91.
68.	Materielle Entscheidung ohne förmliche Klage (Erk. v. 2. Septbr. 1847)	92.
69.	Die eherichterliche Supplirung des elterlichen Heirathe-Consenses vertritt letzteren nicht allenthalben (Erk. v. 15. Septbr. 1848)	93.
70.	Was ist testis idoneus? (Erk. v. 27. Novbr. 1847) .	95.
71.	Kinder als Zeugen gegen die Eltern (vor Erkenntniß)	—
72.	Käufe mit Miethvertrag (Erk. v. 7. März 1848) . .	96.
73.	Der Beweis einer Bedingung bei einem geschlossenen Kaufe (Erk. v. 26. Jan. 1848)	97.
74.	Ansprüche der Notherben bei einem Verkaufe um zu wohlfeilen Preis (Erk. v. 17. Jan. 1847) . . .	98.
75.	Ob ein nicht rechtzeitig präsentirter und protestir-	

Digitized by Google

Seite

ter Wechsel auch dann noch für präjudicirt zu achten, wenn den Präsentanten höhere Gewalt an der Präsentation verhinderte (Erk. v. 13. April 1848) 104.

76. Die Freiheit, auf seinem Grundstücke zu bauen (Erk. v. 15. Juni 1848) . . . . . 105.

77. Der Kauf ist erst nach vollständigstem Consens der Partheien für abgeschlossen anzusehen (Verordnung v. 14. Decbr. 1848) . . . . . 106.

78. Kann ein Advocat, welcher eine Recognitions-Registratur zu einem Documente gefertiget, aus diesem letzteren als Sachwalter einer Parthei klagen? (Verordnung des Justizministeriums v. 5. Januar 1849) 108.

79. Ladungen und Auflagen in Rechnungssachen (Erk. v. 16. Decbr. 1847) . . . . . 110.

80. Alimente für eheliche Kinder (Erk. v. 11. Novbr. 1847) 112.

81. Die Einrede des Falsums oder des Betrugs im Civilprocesse (Erk. v. 18. Novbr. 1847) . . . . . —

82. Mens testatoris (Erk. v. 6. Novbr. 1847) . . . . . 113.

83. Klagen auf Anerkenntniß noch nicht fälliger Forderungen (Erk. vom 23. Juni 1847) . . . . . 116.

84. Zur Paulianischen Klage (Erk. v. 23. Aug. 1848) . 117.

85. Zur Constituirung einer affirmativen Servitut gehört, außer dem Versprechen, auch die Gestattung der Ausübung (Erk. v. 16. März 1848) . . . 118.

86. Ist die Unterschrift der Dorfgerichtspersonen, als Zeugen bei Errichtung eines Erbregisters, zu dessen Beweisfähigkeit unumgänglich nöthig? (Erk. v. 4. Januar 1848) . . . . . —

87. Beweisfähigkeit der Erbregister für die Behauptung der Uebertragung der peinlichen Lasten (Erk. v. 4. Januar 1848) . . . . . 119.

88. Gemeindesachen (Erk. v. 4. Januar 1848) . . . . . 120.

89. Beweis eines einer Gemeinde, als solcher, zustehenden Befugnisses (Erk. v. 30. Decbr. 1847) . . . 121.

90. Können einzelne Gemeindeglieder ein Recht der Gemeinde verfolgen? (Erk. v. 28. Juni 1837) . . . 123.

91. Zum richtigen Besitzstande gehört die Absicht zu besitzen (Erk. v. 29. Septbr. 1836) . . . . . 124.

92. Wirkungen von Zugeständnissen in den Beweis- oder Gegenbeweisartikeln (Erk. v. 25. Juli 1835) 125.

93. Zulässigkeit eines Erfüllungseides über das Eigenthum (Erk. v. 24. Juni 1837) . . . . . 126.

94. Wenn sind blos einseitige Erklärungen in den Acten rechtsgültigen Zugeständnissen gleich zu achten? (Erk. v. 30. Juli 1838) . . . . . 127.

95. Einige Grundsätze über die donatio inofficiosa (Erk. v. 30. Octbr. 1837) . . . . . 129.

96. Wie werden verbotene höhere Zinsen abgerechnet? (Erk. v. 26. Octbr. 1838) . . . . . 134.

97. Grundsätze der Verjährung des Lehnwaarenbefugnisses (Erk. v. 17. Febr. 1837) . . . . . 136.

98. Solidarische Verbindlichkeit eines Magistrats-Collegiums (Erk. v. 17. Aug. 1839) . . . . . 137.

99. Wer leistet den Solennitätseid, wenn der Sachwalter gestorben ist? (Erk. v. 14. Septbr. 1839) . . 138.

Digitized by Google

		Seite
100.	In Testamenten bestätigte Codicille. (Erk. v. 30. Mai 1839)	139.
101.	Wer bescheiniget die Existenz und den Besitz einer Urkunde? (Erk. v. 15. Febr. 1839)	142.
102.	Verbindlichkeit des Theilnehmers an einem Verbrechen zum Schadenersatze (Erk. v. 27. Febr. 1840)	—
103.	Die conditio furtiva (Erk. v. 10. März 1840)	143.
104.	Retentionsrecht des Vermiethers an den Illaten (Erk. v. 30. April 1840)	144.
105.	Lex commissoria beim Pfandvertrage auch anwendbar bei einem bedingt geschlossenen Kaufe (Erk. v. 6. Mai 1840)	145.
106.	Widerruflichkeit gegenseitiger Hutung bei ungleichartigem Viehe (Erk. v. 22. Decbr. 1838)	147.
107.	Testament der Eltern unter den Kindern (Erk. v. 6. Juni 1839)	149.
108.	Res incertae aestimationis (Erk. v. 26. Dec. 1836)	152.
109.	Fragstücke, die das directe Gegentheil des Beweises enthalten (Erk. v. 2. Novbr. 1836)	—
110.	Schulden der Ehefrau, in Bezug auf Receptitien (Erk. v. 16. Novbr. 1836)	153.
111.	Schwiegersöhne sind bei Verkäufen keine Fremde (Erk. v. 10. Septbr. 1836)	155.
112.	Locatio conductio, anwendbar auf liberale Leistungen (Erk. v. 10. Jan. 1837)	156.
113.	Das Interusurium bei unverzinslichen Capitalien und beim peculio adventio (Erk. v. 7. Jan. 1837)	158.
114.	Transferirung der Vertragserben auf ihre Erben, wenn Erstere vor dem Erblasser sterben. (Erk. v. 9. März 1837)	159.
115.	Rückforderung inferirter Mobilien aus dem ehemännlichen Concurse (Erk. v. 21. Jan. 1837)	162.
116.	Entschädigungverbindlichkeit dessen, der auf Geheiß beschädigt hat, und die solidarische Verbindlichkeit mehrer Beschädiger (Erk. v. 9. Septbr. 1837)	163.
117.	Der Ladung auf eine Klage muß die Abschrift der letzteren beiliegen (Erk. v. 21. März 1837)	164.
118.	Können förmliche Restitutionsklagen verlangt werden? (Erk. v. 3. Jan. 1849)	165.
119.	Wechselbriefe und Anweisungen von Frauen, welche nicht Handelsfrauen sind (Erk. v. 30. Mai 1848)	168.
120.	Was bedarf es für den Inhaber eines Wechsels zu dessen Sachlegitimation? (Erk. v. 15. April 1848)	170.
121.	Entwährungsanspruch des Käufers wegen alter Hypotheken (Erk. v. 15. Juni 1848)	171.
122.	Klagen des Dritten gegen den Vollmachtgeber aus Geschäften, die der erstere mit dem Bevollmächtigten des letzteren gemacht hat (Erk. v. 3. Jan. 1849)	173.
123.	Das Geständniß (Erk. v. 27. Juni 1847)	174.
124.	Das Recht des Mandatars, auf Annahme seiner Rechnung zu dringen (Erk. v. 8. Mai 1847)	175.
125.	Auf die Zeit und die Worte des geschlechtsvor-	

Digitized by Google

		Seite
	mundschaftlichen Beitritts zu einem Geschäfte kommt nichts an (Erk. v. 4. Januar 1849)	477.
126.	Die Großmutter als Zeugin in Alimentationssachen (Erk. v. 9. Jan. 1849)	—
127.	Verantwortlichkeit eines Droschkenbesitzers für seinen Kutscher nach Dresdner statutarischen Bestimmungen (Erk. v. 12. Juni 1847)	478.
128.	Die querela oder exceptio non numeratae pecuniae hat gegen eine Bürgschaftversicherung nicht statt (Erk. v. 3. Juni 1847)	480.
129.	Die Adhaesio appellationis accessoria (Erk. v. 30. Septbr. 1847)	481.
130.	Gültigkeit der von Patrimonialgerichten auf Grund der Acten für ihren Gerichtsprincipal ausgestellten Zeugnisse (Erk. v. 17. Aug. 1847)	—
131.	Entschädigungs-Ansprüche aus dem Betriebe des Bergbaues (dasselbe Erkenntniß)	483.
132.	Der Anfang des formellen Concurses (Erk. v. 4. Mai 1848)	487.
133.	Die Regel, „negans non excipit, iure iurando delato" ist bei prozeßhindernden Einreden nicht anwendbar (Erk. v. 19. Juli 1848)	488.
134.	Verlöbnißstreitigkeiten (Erk. v. 7. Dec. 1848)	489.
135.	Ist das Pro- und Reproductionserkenntniß nothwendig? und muß in ihnen der Zeugen und Sachverständigen gedacht werden? (Erk. v. 8. April 1847)	490.
136.	Von wenn an laufen im Concurse von kündbaren und durch die Liquidation gekündigten Capitalien die Verzugszinsen? (Erk. v. 28. Septbr. 1847)	491.
137.	Die Klage als Kündigung und die Einrede der, der Zeit nach, zu frühen Klage (Erk. v. 10. Jan. 1849)	492.
138.	Ist, nach unterbliebener Litisdenunciation, der Regreß noch statthaft? (Erk. v. 25. Juli 1847)	494.
139.	Factische Sanirung eines nicht ganz regelmäßigen Executionsverfahrens (Erk. v. 27. Jan. 1848)	203.
140.	Executivprozeß wegen Auszugrückstände (Erk. v. 11. April 1839)	204.
144.	Eidsantrag über zu allgemeine und fremde Handlungen (Erk. v. 15. Aug. 1838)	—
142.	Die Criterien der Formeln „Angebrachter Maßen" und „Schlechterdings" (Erk. v. 20. März 1838)	205.
143.	Die Beanspruchung des Uebermaßes eines zum Beweise verwiesenen, aber nicht bewiesenen Anspruchs stehet in einer besondern Klage noch frei (Erk. v. 30. Mai 1838)	206.
144.	Motive des in §. 7 der Bekanntmachung vom 2. Oct. 1839 ausgesprochenen Rechtsatzes (Erk. v. 4. Juni 1837)	207.
145.	Provisorien in Hutungssachen (Erk. v. 2. Aug. 1837)	208.
146.	Der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldiger über die eigenthümliche Erwerbung des verpfändeten Gegenstandes	209.
147.	Verzicht auf die exceptio doli (Erk. v. 23. Jan. 1849)	212.
148.	Verletzung des Pflichttheils durch Schenkungen	

Digitized by Google

		Seite
	unter dem Scheine oneroser Rechtsgeschäfte (Erk. v. 2. März 1847)	213.
149.	Concurrenz eines Mandatars bei Eingehung von ungültigen und Scheingeschäften (Erk. v. 17. Mai 1847)	216.
150.	Ist der negotiorum gestor auch für dasjenige ersatzverbindlich, was er, bei noch größerem Fleiße und noch größerer Sorgfalt, noch würde haben leisten können? (Erk. v. 14. Octbr. 1848)	218.
151.	Die Verbindlichkeit des Cessionars zur Erstattung von Actienraten, Zinsen und Conventionalstrafen an den ersten Zeichner von Actien (Erk. v. 29. Juli 1847)	219.
152.	Das Giro vertritt auch bei gewöhnlichen Schuldverschreibungen die Stelle einer Cession (Erk. v. 19. Decbr. 1848)	222.
153.	Gemeindeleistungen combinirter Landgemeinden (Erk. v. 6. Octbr. 1847)	223.
154.	Ist l. 40. D. de iure dotium (23. 3.) auf inferirtes Vieh anwendbar? (Erk. v. 21. Novbr. 1837)	226.
155.	Falsche Angabe eines Verkäufers über eine mitverkaufte Gerechtigkeit (Erk. v. 21. Juni 1838)	228.
156.	Verwandte als Zeugen beim Einbringen-Beweise (Erk. v. 28. Aug. 1837)	229.
157.	Verträge über künftige Erbanfälle (Erk. v. 24. Juni 1838)	230.
158.	Zur Rechtsbeständigkeit affirmativer Servituten gehört, außer dem Vertrage, auch Quasitradition (Erk. v. 11. Aug. 1840)	231.
159.	Veräußerung einer streitigen Sache (Erk. v. 29. Mai 1838)	232.
160.	Cassenbestände in den Händen des Vormundes (Erk. v. 26. Aug. 1840)	—
161.	Wirkung des Geständnisses in einer Untersuchungssache für die Civilsache (Erk. v. 10. Septbr. 1840)	233.
162.	Kauf bricht Miethe (Erk. v. 5. Octbr. 1841)	234.
163.	Moralischer Zwang zur Eingehung einer Ehe, als Nullitätsgrund (Erk. v. 28. Aug. 1841)	235.
164.	Die Ausflucht der Compensation kann, wenn der Kläger den Ehebruch zu bescheinigen hat, in der Gegenbescheinigung mit ausgeführt werden (Erk. v. 28. Aug. 1842)	—
165.	Der Spolirte hat die Erwerbung seines Besitzes nicht nachzuweisen (Erk. v. 26. April 1842)	237.
166.	Erwerbende Verjährung der Befreiung von Gemeinde-Militärlasten (Erk. v. 19. April 1842)	238.
167.	Kann der Erbpachter Veränderungen vornehmen? (Erk. v. 13. April 1842)	239.
168.	Verträge über Steuerfreiheit (Erk. v. 3. Novbr. 1842)	240.
169.	Für zufällige Veränderungen haftet der Fiduciar nicht (Erk. v. 3. Mai 1842)	241.
170.	Die fideicommissarische Caution (dasselbe Erkenntniß)	242.

Digitized by Google

		Seite
171.	Eigenthumsbeschränkung in Aenderungen eines Mühlwehrs (Erk. v. 19. Aug. 1843)	243.
172.	Conservativhandlungen bei gesetzlichen Rechten (Erk. v. 10. Jan. 1843)	244.
173.	Der Mahlzwang begreift das Malzschroten nicht in sich (dasselbe Erkenntniß)	245.
174.	Das Uebergehen der Notherben im Testament (Erk. v. 1. Septbr. 1842)	—
175.	Dolus dans causam contractui und dolus incidens (Erk. v. 29. Juli 1847)	248.
176.	Der Hauptprozeß gleich im Provocationsprozesse mit abgemacht (Erk. v. 17. März 1847)	250.
177.	Vergleich über künftige Alimente eines unehelichen Kindes ohne gerichtliche Concurrenz (Erk. v. 1. Febr. 1849)	251.
178.	Bemerkungen über die Actio Pauliana (Erk. v. 17. März 1847)	252.
179.	Der die Entrichtung von rebus fungibilibus verlangende Kläger hat kein Recht, gerade den höchsten Werth derselben zu verlangen (dasselbe Erkenntniß)	255.
180.	Indirekter Beweis der bei einer spätern Preisgebung bereits statt gefundenen Schwangerschaft (Erk. v. 15. Mai 1847)	257.
181.	Verwendung der Zinsen von Erstehungsgeldern (Verordn. v. 12. Febr. 1849)	258.
182.	Billige Frist zur Räumung innehabender Lokalitäten (Erk. v. 27. Febr. 1849)	260.
183.	Genaue Beobachtung der Form der Bekanntmachung der Edictalien im Concurse (Erk. v. 25. Jan. 1849)	261.

Digitized by Google

1.

Das Anwachsungsrecht bei Legaten.

Erk. vom 12. Sept. 1848, in S. v. Egidy ./. v. Egidy u. Conf.

Wenn schon eine specielle Art von Vermächtnissen, das Legat einer jährlichen Rente, vorliegt, hinsichtlich deren es an besonderen Vorschriften über das Anwachsungsrecht fehlt, so kann doch davon abgesehen werden, ob, wie dies auf den Grund der l. S. D. de annuis leg. (33. 1.) von dem Oberappellationsgerichte in einem frühern Falle geschehen,
Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung 3. Bd. S. 340. — — das legatum annuum, nach Analogie des legati usus". fructus zu beurtheilen, oder ob, in Rücksicht auf l. 4. 11. S. eod. jeder Jahresbetrag als ein besonderes Sachen- oder Summen-Legat zu betrachten, und daher das, was, wegen des Anwachsungsrechts, unter den Legataren überhaupt besteht, auch hier anwendbar sei. Denn im Wesentlichen weichen bei dieser Frage (das Anwachsungsrecht der blos verbis Verbundenen betreffend) die Vorschriften, hinsichtlich des legati usus fructus, von denen, wegen der Vermächtnisse, im Allgemeinen gültigen nicht ab.

Das jus acrescendi der Collegatare beruhet auf der präsumtiven Absicht des Erblassers, welcher dadurch kund giebt, daß er Mehreren einen Gegenstand bescheidet, sie also durch das Object des Legats, solches als ein Ganzes betrachtend, verbindet; so daß eine Theilung erst als Folge davon eintritt, daß mehr Anspruchberechtigte zusammen kommen.

l. 80. D. de leg. III. (32. 1.)

l. 3. pr. D. de usuf. accresc. (7. 2.) „partes concursu fieri,"

l. un. §. 11. C. de codic toll. (6. 51.)

§. 8. l. de leg. (2. 20.) „si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos."

Bestimmt der Erblasser das, was jeder Legatar bekommen soll, so verbindet er nicht, sondern er sondert durch diese Theilbestimmung,

l. 20. D. de leg. II. (31. 1.)

l. 1. pr., l. 11. D. de usufr. acresc.

Nicht entgegen zu halten sind l. 89. D. de leg. III. l. 16. §. 9. D. de leg. l. l. 41. D. de leg. II. l. 7. D. de rnb. dub. (34. — 5.) und l. 142. D. de verb. signif. (50. 16.), in welcher Hinsicht es genügt, auf

Voet, Comment. ad Pand. Lib. xxx., §. 61.

Glück, Comment. der Pand. Bd. 9. S. 273. fg.

zu verweisen.

Von den Rechtslehrern haben seit ältesten Zeiten Viele den blos verbis Verbundenen das Anwachsungsrecht zugesprochen, Viele aber auch es ihnen abgesagt:

Rossberger, Jus acresc. Lipsiæ 1827. p. 91. 92. Nota 16, 18 — 23.

Curtius, Handbuch des Civilrechts Thl. 2. §. 779. Nota l. S. 353 fg. der 3. Ausg.

und die bei Beiden angezogenen Schriften.

Nicht zu läugnen ist es, daß sich unter den Ersten auch ältere Sächsische Rechtslehrer befinden, und daß sie Urthel der Leipziger und Wittenberger Spruchbehörden aus den Jahren 1590, 1632, 1636 und 1715 mittheilen, nach welchen den blos verbis Verbundenen, sogar wenn der Testator den Einzelnen bestimmte Summen ausgesetzt hatte, das Anwachsungsrecht zugestanden worden ist,

Corpzov, Jurispr. for Lib. III, const. 2. def. 14.

Berlich, dec. 286.

Wernher Obsere. for. T. IV. obs. 106. et Suppl.

Gleichwohl läßt sich hieraus ein feststehender Gerichtsbrauch nicht folgern, nicht einmal für die ältere Zeit, wenn man zumal den Fall, welchen Berlich in dec. 319. erwähnt, und die Gründe zur Entscheidung desselben vergleicht, so wie denn auch

Zachariæ, Lib. Quaest. N. 15.

versichert, daß zu seiner Zeit die Wittenberger, auf Grund der l. 11. D. de usufr. acresc., nicht mehr die von Wernher angegebene

Digitized by Google

Ansicht befolgt, sondern den blos verbis Verbundenen an sich das Anwachsungsrecht abgesprochen hätten, obwohl in dem von ihm behandelten Falle zwei mit einem Geldlegate zu gleichen Theilen bedachten Legataren aus dem factischen Grunde, weil man aus dem hinzugefügten Worte: „zukommen" eine dahin gerichtete Absicht des Erblassers folgerte, das ius accrescendi zugebilliget wurde. Auch zeigt die Mittheilung in der Zeitschrift a. a. O. S. 338, daß das Oberappellationsgericht bereits im J. 1835 ein Anwachsungsrecht unter den blos verbis verbundenen Legataren nicht angenommen hat.

Diese Meinung hat aber auch noch das für sich, daß sie gesetzlich als die richtige anerkannt worden ist. In dem Allodial-Erfolge-Mandat vom 31. Januar 1829 wurde der Römische Grundsatz aufgegeben, daß eine Erbschaft nicht zum Theil an einen Testaments-Erben, zum Theil an einen Intestat-Erben, gelangen könne, und somit fiel die Grundlage des Anwachsungsrechtes unter den Miterben bei den Römern hinweg. Dessen ungeachtet schien es angemessen, den Erben ein ius accrescendi in soweit zuzugestehen, als es den Legataren zukam, und bei diesen auf der aus der Fassung der Vermächtniß-Verordnung zu vermuthenden Absicht des Erblassers beruhte. Man nahm an, der Erblasser spräche die auf das Anwachsungsrecht gerichtete Absicht nur da aus, wenn er Mehreren ein Legat gemeinschaftlich aussetze, ohne über die Antheile etwas zu bestimmen, und man pflichtete der Meinung derjenigen Rechtslehrer (insonderheit Voet l. c.) bei, welche daraus, daß der Erblasser mehre Legatarien mit dem Beisatze „zu gleichen Theilen" eingesetzt hatte, die gesetzliche Vermuthung seiner Absicht ableiteten, er habe den etwa ausfallenden Antheil lieber den Erben, als dem andern Legatar zuwenden wollen. Um dies in gleichem Maaße auch bei den Erben zur Geltung zu bringen, ist nun ein zweiter Abschnitt der §. 9. des Erbfolgegesetzes verordnet worden: „nur in dem Falle, wenn mehr Erben, ohne Angabe, wieviel Jeder erhalten soll, eingesetzt sind, wächst das auf den Wegfallenden Kommende, seinem mit ihm auf gleiche Art ernannten Miterben zu."

C. M. Kriegel, Spec. comment. ad leg. succes. in Sax de 31,

Jan. 1819. Lipsiæ 1831. pag. 64 (enth. Erläuterungen zu dem Entwurfe dieſes Mandats.)

2.

Die Sächſiſche Friſt bei den Ladungen zu Schwörungsterminen.

Erk. vom 5. Octbr. 1848 in S. Pappermann ./. Graf Luiſi.

Kann nach dermaligen Königl. Sächſ. Prozeßgeſetzen derjenige Theil, welchem gegenüber ein Eid zu leiſten iſt, mit Recht erlangen, daß ihm bis zum Schwörungstermine eine volle Sächſiſche Friſt eingeräumt werde? oder mit andern Worten: Kann er es verhindern, daß durch eine Verzichtleiſtung des Schwörenden auf die Sächſiſche Friſt, der Schwörungstermin früher angeſetzt werde? Dies iſt zu verneinen. Nach der Erl. Proz. Ordng. Tit. 18. §. 7. und Tit. 30. §. 2. mußte derjenige Theil, welcher den Eid angetragen hatte, zuvor den Gefährdeeid ſchwören, und bei ſeinem Außenbleiben wurde der Eid der Gefährde für verſäumt, der Haupteid aber für geleiſtet erachtet. Wem aber der Eid zurückgegeben war, der mußte ſowohl den Gefährdeeid als den Haupteid leiſten, und, wenn der Gegner ungehorſam außenblieb, wurden beide Eide für geleiſtet erachtet. Mithin war die Ladung für beide Theile peremtoriſch, und es mußte daher, nach E. P. O. Tit. 4. §. 1. jeder Partei eine Sächſiſche Friſt eingeräumt werden. Dies iſt aber neuerdings durch das Geſetz vom 19. Februar 1838, die Abſchaffung des Gefährdeeides betr., und durch das Geſetz von demſelben Tage, die Endſcheidung einiger zweifelhafter Rechtsfragen betr., abgeändert worden. Erſteres Geſetz hebt den Gefährdeeid beim Eidesantrage gänzlich auf, und beſtimmt §. 2. Folgendes: „Mit dem Wegfall des Gefährdeeides beim angetragenen Eide erledigt ſich die Nothwendigkeit, daß derjenige, welcher den Haupteid nicht zu leiſten hat, den Schwörungstermin abwarte. Es iſt daher an denſelben eine Vorladung zum Erſcheinenim Termine weiter nicht zu erlaſſen, ſondern es iſt hinreichend, daß ihm von dem Terminstage, unter abſchriftlicher Mittheilung der an den Gegner gerichteten Vorladung, ingleichen der Eidesrotul, Nachricht ertheilt und ihm, bei der Eidesleiſtung gegenwärtig zu ſein, freigeſtellt werde". Letzteres

Digitized by Google

Gesetz aber verordnet unter III.: „Wenn in einem Civilprozesse einer Parthei die Leistung eines Eides zuerkannt ist, so hat sie denselben in dem anberaumten Schwörungstermine, auch im Falle des Nichterscheinens der Gegenparthei, bei Vermeidung des angedrohten Rechtsantheils, zu leisten." — Mithin ist jetzt keine peremtorische Vorladung an die Gegenpartei mehr erforderlich, und es bedarf daher auch für sie nicht mehr die Einräumung einer sächsischen Frist. Wenn nach der A. P. O. Tit. 18. §. 9 und dem Mand. vom 8. März 1682 eine Anticipation nicht gestattet war, so bezieht sich dieses Verbot nicht auf Schwörungstermine, sondern auf die achttägige Frist, in welcher derjenige, welchem der Eid angetragen war, sich zu erklären hatte, ob er den Eid annehmen oder zurückschieben, oder das Gewissen mit Beweis vertreten wolle. Dieses octiduum oblationis, welches die Erl. P. O. aufgehoben hat, war eine gesetzliche Frist, ein Fatale zu diesem Zwecke bestimmt, und es sollte daher von denselben nicht abgewichen werden. Dies ist aber ohne Einfluß auf die vorliegende Frage.

Allerdings kann auch derjenige, welcher nicht zu schwören hat, in den Fall kommen, vor dem Schwörungstermine noch in mancher Beziehung sich vorzubereiten, und seine Nothdurft zu bedenken, wie z. B. wenn er Beweismittel aufsucht, um durch deren Vorhaltung die Eidesleistung zu ersparen, oder wenn er Ausstellung gegen die Eidesrotul zu machen hat. Hierzu aber bedarf es nicht eben einer Sächs. Frist, und wenn er in dieser Beziehung etwas verabsäumt; so ist der Nachtheil, den er dadurch erleidet, kein ihm vom Richter angedrohter; es ist keine Ladung, die unter einer gewissen Commination geschiehet, vorhanden.

Nach diesen Grundsätzen hat auch das Oberappellationsgericht, namentlich im Jahre 1843, in Sachen Kühnels ./. Grosowsky, in einer Verordnung an das Appellationsgericht zu Budissin entschieden.

3.

Totalität des Ergebnisses der Beweisführung.

Erk. vom 20. Sptbr. 1848, in S. Rühle ./.Gem. Rickern.

Der Satz, daß man auch beim Beweise in Civilsachen die Ergebnisse desselben in ihrer Totalität und Verbindung auf-

Digitized by Google

zufassen habe, um darauf die richterliche Ueberzeugung für die auszusprechende Entscheidung zu gründen, ist keineswegs ein unrichtiger, vielmehr liegt es, wie unter andern nach

Tewenar, Theorie der Beweise im Civilprozesse, Ausg. von Jung S. 293. fg.

Linde, Lehrb. des grm. deutschen Civilprozesses. Aufl. 5. §. 316. S. 392.

anerkennen, in der Natur der Sache, daß die Prüfung des Beweises zum Zwecke der Abfassung eines Erkenntnisses über die ganze Beweisführung, sich nicht blos auf den Werth jedes einzelnen Beweismittels und Beweisgrundes, sondern noch auf den aller zusammengenommenen zu erstrecken habe. Die Harmonie zwischen den einzelnen Theilen, die sich hierbei herausstellt, kann nicht anders als günstig auf das Resultat der Beweisführung einwirken, und ein Beweismittel, welches, für sich allein betrachtet, nicht ohne Einwendungen anzuerkennen wäre, muß durch die Uebereinstimmung mit andern nothwendig an Werth gewinnen. Damit ist aber für den Beweis im Civilprozesse so wenig, als für den im Criminalprozesse behauptet, daß eine bloße Willkühr des erkennenden Richters, in Bezug auf die Beantwortung der Frage: was für bewiesen gelten solle, oder nicht? herrsche.

4

Wirthschafterin nicht stets Dienstbote.

Erk. vom 2 August 1818, in S. Schönfeld ℳ v. Nostiz.

Die Klägerin wurde von dem Beklagten in seinen Diensten engagirt. Sie sollte in Abwesenheit des Beklagten und seiner Ehefrau, ganz selbstständig, (also in Stellvertretung der Herrschaft) die Milch- und Viehwirthschaft führen, die Leitung über das weibliche Gesinde übernehmen, nach der ihr von der Herrschaft vorzuzeichnenden Futterordnung verfahren, für die Speisung des Gesindes ꝛc., vermittelst der Hausmagd, sorgen, auch die Leitung des Waschens und der Wäsche übernehmen. — Möchte nun auch zugegeben werden müssen, daß zu Erfüllung dieser Obliegenheiten eine wissenschaftliche Ausbildung, im engeren

Digitized by Google

Sinne dieses Wortes, nicht erfordert wird, und möchten auch Fälle vorkommen, wo die Großmagd die Stelle einer Wirthschafterin mit versehen kann und mitführt, so daß sich im Allgemeinen der Satz, eine Wirthschafterin gehöre niemals zu dem landwirthschaftlichen Gesinde, kaum vertheidigen läßt; so ist doch so viel gewiß, daß eine Anstellung, wie die der Klägerin, eine „sonst höhere" Ausbildung, als die für das weibliche Gesinde, in einer Landwirthschaft nöthige, erheischt, und daß daher die für die Bestimmung unter Nr. 2. §. 2. der Gesindeordnung vom 10. Jan. 1835 volle Anwendung findet.

Da das Gesetz auf ein besonderes Verhältniß gerichtetes, mithin ein Specialgesetz ist, und in Bezug auf dieses besondere Verhältniß, verschiedene, auf polizeiliche Rücksichten beruhende Abweichungen von dem gemeinen Rechte enthält, so werden schon hierdurch erhebliche Bedenken dagegen begründet, durch Analogien oder sonstige Präjudizien der doctrinellen Interpretation den Kreis der Gesetzes-Wirksamkeit zu erweitern. Von diesem Gesichtspunkte ist man auch bei den Verhandlungen über den Gesetzentwurf ausgegangen und hat die im Entwurfe des §. 2. und 3. vorgeschlagene, mit Exemplificationen verbundene speciellere Fassung der Begriffsbestimmung, wer als Gesinde zu betrachten sei, und wer nicht, in das Gesetz nicht aufgenommen, dadurch aber zugleich deutlich erklärt, der richterlichen Erwägung aller Umstände im concreten Falle keine vorgreifende, besorglich oft zu unpassenden Entscheidungen führende Schranken setzen zu wollen. Landtagsacten 1833/4 Abthlg. I. Bd. 1. S. 381. 417. Bd. 4. S. 108. 129. Abth. IV. S. 418. flg. Abth. III. Bd. 1. S. 433. flg. Beil. 1. zu II. Abth. S. 473. flg. Abth. II. Bd. 2. S. 823. flg. Bezeichnend ist es, daß unter den Exemplificationen im §. 2. des Entwurfs zwar die „Ausgeberinnen" nicht, jedoch die „Wirthschafterinnen" als zum landwirthschaftlichen Gesinde gehörig genannt werden, und daß der Wirthschafterinnen im Gesetze auch sonst keine Erwähnung geschieht, außer in dem, auf ständischen Antrag Abth. I. Bd. 4. S. 126. §. 114 c. aufgenommen §. 10. des Gesetzes, wo unter denjenigen Personen, welche in gewisser Beziehung als Dienstherrschaft zu betrachten sein sollen, und zwar, wie bei den männlichen Stellver-

Digitized by Google

tretern der Herrschaft die, zweifellos zu dem Gesinde nicht zu rechnenden Verwalter, so wie bei den weiblichen Stellvertretern der Herrschaft die Wirthschafterinnen zuerst aufgeführt, und sonach offenbar den Verwaltern gleichgestellt werden.

5.

Rückgabe des Eides über fremde und gemeinschaftliche Handlungen.

Erk. vom 15. Juli 1848 in S. Pretsch ./. Irmer.

Der Beklagte beschwert sich ohne Grund darüber, daß die vorige Instanz die Zurückgabe des Eidesantrages für unstatthaft erklärt, und die Leistung des Delatums angeordnet hat. Nicht bestreitet er dabei, daß nach Sächsischem Prozeßrechte die Zurückgabe des Eides über eigene Handlungen des Referenten, bei denen der Deferirede nicht concurrirt hat, nicht stattfinde, und es ist daher dieser Satz, welcher in neuerer Zeit theils bezweifelt, theils vertheidigt worden ist,

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. 3. Bd. S. 72. Flg.

Hesse, von der Eideszuschiebung über fremde Handlungen. Eisenberg. 1848.

gerichtsbräuchlich jedoch feststeht, nicht besonders zu begründen. Die Behauptung, es betreffe das geläugnete Anführen nicht ein factum proprium des Beklagten, sondern ein factum commune, insofern als es auf einen Vorgang zwischen dem Beklagten und einem Dritten gehe, ist offenbar ganz unerheblich, denn blos darauf kommt es hierbei an, ob die den Eid antragende Partei bei der Handlung concurrirte, und ob daher die Handlung, in Bezug auf diese Prozeßpartei, ein factum commune genannt werden könnte.

Darin, daß auf die Eidesrelation sich gar nicht erklärt und der Statthaftigkeit derselben nicht widersprochen worden, liegt noch keine Erklärung zur Annahme des Relatums, kein Compromiß auf Leistung desselben. Auf die Frage, ob reforma-

Digitized by Google

torisch dem Kläger der Eid zuzutheilen wäre, wenn der Letztere in der Refutationsschrift, oder bei seiner Appelation ebenfalls sein Verlangen dahin gerichtet hätte, ist nicht zu kommen, da der Kläger zwar ebenfalls dawider, daß die Entscheidung der Sache von dem Relatum abhängig gemacht werde, (doch in einer ganz andern Richtung) gravaminirt, und in der Refutation dem Antrage des Beklagten auf Anordnung des Relatums ausdrücklich widersprochen hat.

6.

Uebertragung der Verbindlichkeiten, welche über die Natur der Actien hinausgehen.

Erk. vom 29. März 1848 in S. Meyer ℳ. Prenner.

Wenn bei einem Actienunternehmen der Zeichner einer Actie gewisse Verbindlichkeiten übernimmt, die über dasjenige hinausgehen, was entweder in der Natur des Geschäfts liegt, oder was ausdrücklich auf der auszugebenden Actie oder Promesse benannt ist: so sind diese Verbindlichkeiten zunächst allerdings als rein persönliche zu betrachten, und sie können bei Translation der Actie auf einen Anderen nur unter der Voraussetzung übergehen, daß dieser Andere sie ausdrücklich übernimmt.

Dieser Uebergang ist alsdann so zu verstehen, daß er zwar nicht eine Befreiung des Zeichners, dem Actienunternehmer gegenüber, erwirkt, wohl aber eine Verbindlichkeit des Abnehmers zur Schadloshaltung des Zeichners nach sich zieht. Wenn das Papier, welches tranferirt wird, sei es Actie oder Promesse (Zusicherungsschein) au porteur lautet und nichts über solche erstreckte Verbindlichkeiten besagt, so tritt der Fall ein: es muß bei etwaiger Translation die Verbindlichkeit besonders zur Sprache gebracht und übernommen werden, wenn ein Anspruch auf Schadloshaltung stattfinden soll. Anders aber verhält sich die Sache, wenn die Actie oder der Zusicherungsschein den Namen des Zeichners trägt. Wo dies ist, da liegt dieses Geschäft zum Theile außerhalb der Beurtheilung eines gewöhnlichen Actiengeschäfts, die Eintragung des Namens, die nicht ohne Ursache

Digitized by Google

geschah, weiset auf einen besondern Nexus zwischen dem Zeichner und dem Unternehmer hin; der Dritte aber, welcher die Promesse auf sich übertragen lassen will, muß hieraus erkennen, daß er an die Stelle des Zeichners zu treten im Begriff ist, und also auch, im Falle des wirklichen Abschlusses, die Verbindlichkeiten desselben übernimmt, die mit dem Factum der Namens-Zeichnung im Zusammenhange stehen.

7.

Vereinigung der Bietenden, sich nicht zu überbieten.

Erk. vom 9. Novbr. 1847 in S. Adam u. Cons. ℳ. Hille u. Cons.

Kläger haben die Klage, unter Eidesantrag, darauf gestützt, daß, als im October 1845 von der Forstmeisterei zu Schandau die Fortschaffung der zur Flöße bestimmten Hölzer von dem Gehaue des Forstreviers an den Mindestfordernden verdungen worden, und sowohl Kläger als Beklagte sich eingefunden hätten, um sich zu betheiligen, Letztere den Ersteren den Vorschlag gemacht, Kläger möchten, um die Accordsumme für die Beschaffung der Floßhölzer nicht allzusehr herabdrücken, von jedem Bieten bei der öffentlichen Verdingung gänzlich abstehen, wogegen Beklagte ihnen solchenfalls so viel, als der dritte Theil sämmtlicher hierunter sich vergebenden Accordsummen ausmachen würde, baar gewähren wollten. Kläger hatten nun auch, nachdem sich Beklagte deshalb solidarisch verbindlich gemacht gehabt, darauf eingehen zu wollen erklärt, und bei der hierauf erfolgten öffentlichen Floßholzverdingung, bei welcher die gedachte Fortschaffung der Hölzer überhaupt für die Summe von 1017 Thlr. 10 Ngr. verdungen worden: von jedem Bieten abgestanden, weshalb Beklagte, da Kläger ihrerseits den Vertrag erfüllt, solidarisch schuldig seien, ihnen den Betrag von 339 Thlr. 3 Ngr. $3\frac{1}{3}$ Pf. zu gewähren.

In zweiter Instanz wurde die Klage angebrachter Maaßen abgewiesen, in dritter aber das Erkenntniß der ersten, welches die Beklagten unter Vorbehalt des Delatums verurtheilte, wieder hergestellt. Entscheidungsgründe waren folgende:

Digitized by Google

Bei Prüfung des Rechtsmittels der Beklagten kommt es vor allen Dingen darauf an, zu untersuchen, ob dem vorigen Urthel in der Beziehung beizutreten sei, daß der, der Klage zum Grunde liegende, angeblich zwischen Klägern und Beklagten eingegangene Vertrag als ein gegen die guten Sitten anstoßender zu betrachten, und daher nicht geeignet sei, ein Klagerecht daraus abzuleiten. Der in dieser Hinsicht aufgestellten Ansicht des vorigen Urthels hat man nicht beizutreten vermocht.

Wenn es nämlich einerseits richtig ist, daß das, bei dem Mangel eines vaterländischen Gesetzes über die rechtliche Wirksamkeit von dergleichen gegen die Sittlichkeit laufenden Verträge, in Anwendung kommende Römische Recht im Allgemeinen bestimmt, daß turpes stipulationes ungültig seien — l. 26. D. de verb. obl.(45. 1.) und aus solchen Verbindlichkeiten jedes Klagrecht versagt — l. 1. s. D. de cond. inst. (28. 7) auch unter dem Turpe nicht blos das eigentlich Verbrecherische und dem Recht Zuwiderlaufende, sondern (wie die Stellen, namentlich der Titel de condicione ob turpem causam an die Hand geben) im Allgemeinen quod sit contra bonos mores, was inbonestum iniustum ist, versteht, so kommt doch andererseits eben so in Betracht, daß einer der in den Gesetzen speciell erwähnten Fälle, in welchen eine turpitudo angenommen werden soll, auf den vorliegenden Fall Anwendung leidet — l. 42. D. de verb. signif. (50. 16.) — überhaupt aber alle die Dispositionsfreiheit beschränkende Gesetze keiner extensiven Auslegung unterworfen werden können.

Zieht man nun von diesem Gesichtspunkte aus die Frage in Erwägung, ob ein Vertrag, wie der hier in Rede stehende, wirklich im Allgemeinen dem, eine Verletzung der Sittlichkeit enthaltenen Geschäften beizuzählen sei; so muß dies, bei näherem Eingehen auf die rechtlichen Verhältnisse einer öffentlichen Versteigerung, verneint werden.

Durch die Theilnahme an einem zu diesem Zwecke anberaumten Bietungstermine wird, in Mangel irgend eines Zwanges, noch Niemand verbindlich, überhaupt aber nur mit zu bieten, oder einen Andern zu überbieten; und im ersteren Falle entsteht zwischen dem Ausbringer der Versteigerung und dem Licitanten ein obligatorisches Verhältniß gar nicht, während im letzteren Falle solches eben nur

Digitized by Google

so lange dauert, als das Gebot von einem Andern nicht superirt wird, während es dann von selbst wieder aufhöret, weil Niemand ein Recht darauf hat, daß die Licitanten länger bieten, als es ihre Concurrenz gestattet. Bei einem Vertrage der fraglichen Art können daher von dieser Seite keinerlei Rechte verletzt werden.

Wenn ferner dagegen eingewendet wird, daß die öffentliche Autorität, unter welcher dergleichen Versteigerungen vor sich gehen, Jedem die Pflicht auferlege, das Meistgebot nicht zu verhindern; so kommt dabei in Betracht, daß, da schon an sich nicht zu erwarten steht, daß die Licitanten so lange zu bieten und sich zu überbieten beabsichtigen, bis der wahre Werth des betreffenden Gegenstandes ausgemittelt worden, sondern nur so lange, als die Gebote, ihren individuellen Ermessen nach, ihnen nicht zu hoch erschienen, bei dem Mangel irgend einer Zwangsverpflichtung in dieser Beziehung von einer Störung des Meistgebots durch das unterlassene Mitbieten des einen oder des andern Licitanten nicht die Rede sein, und durch die fides hastæ publicæ ein an sich gesetzlich nicht untersagtes Geschäft nicht zu einem unerlaubten werden kann. Handelt es sich demzufolge hierbei nur von dem Aufgeben einer in die Willkühr des Einen gestellten Handlung zu Gunsten eines Andern, und ist der Zweck eines solchen Vertrags nirgends dahin gerichtet, einem Dritten dasjenige zu entziehen, worauf ihm ein begründetes Recht wirklich zusteht; so läßt sich auch nicht behaupten, daß durch jene Stipulation einer Geldsumme, oder eines Antheils an dem erlangten Gewinne die Paciscenten sich eines dolus schuldig machten, oder in turpi vel iniusta causa verehrten, da, wie schon gedacht, die in letzterer Beziehung vorhandenen Vorschriften auf gegenwärtigen Fall nicht anwendbar scheinen, und in den über dergleichen Versteigerungen bestehenden gesetzlichen Dispositionen ein diesfallsiges Verbot eben so wenig enthalten ist, mithin auch hier die Regel gelten muß, daß jeder Vertrag ein Klagerecht erzeugt, soweit er nicht gegen das positive Recht und die guten Sitten verstößt.

Der Grundsatz endlich, daß sich Niemand zum Nachtheile des Andern bereichern dürfe, tritt der Gültigkeit jener Verträge eben so wenig entgegen. Denn wenn der Käufer den zu versteigernden Gegenstand nach möglichst niedrigem Preise sich zu erwerben sucht, und den Andern zu dem Ende disponirt, sich der Freiheit zum Licitiren

Digitized by Google

bei einer öffentlichen Versteigerung zu seinen Gunsten durch das Versprechen einer Geldsumme, oder eines sonstigen Vortheils zu begeben; so begeht, so lange kein dolus obwaltet, Keiner derselben etwas Unerlaubtes, und der obige Grundsatz findet dabei keine Anwendung.

Im Allgemeinen hat man daher von der Ansicht auszugehen, welche auch von mehreren Rechtslehrern namentlich

Hommel, obs. 586.

aufgestellt worden ist,

Spangenberg, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 5. Bd. S. 167. flg.,

daß das Aufgeben eines dergleichen Mitbietungsrechts allerdings Gegenstand einer gültigen Uebereinkunft gedachter Art sein könne, wobei es für gegenwärtige Zwecke einer weitern Untersuchung der Frage nicht bedurfte, ob und wie viel etwa eine Ausnahme von den oben aufgestellten Grundsätzen dann eintrete, wenn der Versprechende dem andern Licitanten über den öffentlich zu versteigernden Gegenstand falsche Vorspiegelungen gemacht und dadurch vom Bieten abzuhalten gesucht hat, oder der Fall einer nothwendigen Subhastation, welche ganz andere Rücksichten erheischt, vorliegt.

8.

Eine Gratification des Gemeinschuldners.

Erk. vom 30. Novbr. 1847 in S. des Friedericischen Creditwesens ℳ. Gaul.

Eine Gratification findet Statt, wenn der Schuldner zu einer Zeit, wo er sich bereits im Zustande der Insolvenz befindet, nicht gefällige Schulden bezahlt oder sicher stellt.

l. 10. §. 12. 13. l. 17. §. 1. l. 22. D. quae in fraud. credit. (42. 8.)

In einem solchen Falle tritt die Rückforderung lediglich auf Grund des widerrechtlichen Verfahrens des Schuldners ein, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger von dem Vermögensanfalle desselben Kenntniß gehabt, oder nicht.

Digitized by Google

l. 6. §, 2. D. reb. auct. jud. possid. (42. 5.) l. 24. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

Gottschalk, sel. disc. for. cap. T. 1 pag. 377. ad 2.

Es ist daher zur Begründung einer Klage auf Restitution dessen, was ein Gläubiger durch Begünstigung aus einer zahlungsunfähigen Masse erhalten, nicht das Anführen nöthig, daß seine Anforderung noch nicht belegt gewesen; vielmehr ist es des Letzteren Sache, sich gegen die verlangte Rückgabe durch die Ausflucht zu schützen, daß er seine Befriedigung erhalten, die er als schon betagt zu fordern, berechtigt war, damit aber die Annahme einer Gratification zu beseitigen.

Gottschalk, l. c. pag. 397 et 400.

9.

Querela non numeratae pecuniae contra apocham.

Erk. vom 1. März 1848, in Sachen Haase ./. Gönzel.

Die Bestimmung des gemeinen Rechts, hinsichtlich der Verjährung von 30 Tagen bei der querela non numeratae pecuniae contra apocham — l. 14. C. de non num. pec. (4. 30.) — ist durch die 23. Decision von 1746, welche nur von Verschreibungen, nicht aber von Quittungen handelt, keineswegs aufgehoben worden:

Bauer, Erläuterungen der Churfächs. Decisionen zu Decis. 23. §. 1.

Curtius, Handb. des Civilrechts §. 1328. Not. 6.

Gottschalk, Bemerkungen zur 23. Dec. von 1746. §. 3. und 7. in der Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc. N. F. 3. Bd. S. 12 und 19.

was auch vom Oberappellationsgerichte mehrfach, und namentlich in S. Schröters ./. Schröterin (No. 24. des Ber. Prot. des Civ. Sen. von 1843.) ausgesprochen worden ist.

Digitized by Google

10.

Der animus possidendi bei der Verjährung affirmativer Befugnisse.

Erk. vom 28. März 1848 in Sachen Bauch ./. Oehmichen.

Zur Verjährung eines affirmativen Befugnisses gehört nothwendig der animus possidendi. l. 25. D. quemadmod. serv. amittunt. (8. 6), l. 6. 20. 22. eod., l. 7. D. de itin. et act. priv. (43. 19.) Hugo Donelli. Comment. de jure civ. ad. lib. VIII. lit. VI. Dig., Duaveni Oper. ad lib. VII. lit. 6. Voet, Comment. adlit. eund. §. 10., wie dies auch das Oberappellationsgericht bereits mehrmals, so z. B. in Sachen von Schönberg ./. Höbner 1847, 740/735 ausgesprochen hat.

11.

Rentamtsrechnungen als Beweisurkunden.

Erk. vom Juni 1838, in S. des Fiskus ./. Wagner u. Gen.

Rentamtsrechnungen sind nicht schlechterdings der scripturæ pro scribente und ohne alle Beweiskraft in Rechtssachen des Fiscus. Davon, daß die Beamten, welche Abgaben zu erheben haben, wider die Wahrheit diese Abgaben in ihren Rechnungen als eingegangen aufführen, und sich somit selbst Vertretungsansprüchen aussetzen sollten, läßt sich mit Grund nicht annehmen, und insofern sie hiernach bei Abfassung ihrer Rechnungen ein anderes Interesse haben, als die Personen, von welchen ihre Funktionen übertragen werden, kann man diesen Rechnungen den Charakter einer scripturae pro scribente nicht beilegen.

12.

Inhibition an den natürlichen Eigenthümer, auf Antrag des Civileigenthümers.

Verordnung vom 3. August 1848 in S. Güntzelts ./. Lünig.

Die in der Verordnung der zweiten Instanz ausgesprochene Wiederaufhebung des, auf den Antrag Impetrantens, an die

Digitized by Google

Käuferin seines Gutes, die Impetrantin; erlassenen gerichtlichen Injuncts stellt sich als den Sach- und Rechtsverhältnissen völlig entsprechend dar. Ist nämlich auch Impetrantin zur Zeit noch nicht Civileigenthümerin des in Frage stehenden Grundstücks geworden; so hat sie doch selbiges von Impetranten, als bisherigen Civileigenthümer, wie aus dessen eigenen Antrage und dem beigebrachten Kaufaufsatze erhellt, käuflich erworben und zum Besitze überlassen erhalten. Der hierdurch herbeigeführte Zustand des sogenannten natürlichen Eigenthums ist auch nach dem Particularrechte nicht ohne rechtliche Folgen. — Decis. 1. v. J. 1746. — Verordng. v. 15. Februar 1844. die Ausführung des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 betr. §. 1. — und muß jedenfalls dem Verkäufer hindernd entgegen treten, wenn derselbe aus dem Grunde, weil das bürgerliche Eigenthum noch bei ihm verblieben ist, den Käufer in dem Dispositionsbefugnisse über die erkaufte Sache zu stören sich beikommen läßt, indem ein solches Beginnen — abgesehen von den in concreto bestehenden besondern Contractsbestimmungen — sich von selbst als ein mit des Verkäufers obliegenden Verpflichtungen in Widerspruch stehendes darstellen würde — l. 1. §. 5. D. de excet. rei vend. et trad. (21. 3.) l. 25. D. de act. emt. (19. 1.)

13.

Zinsen von Zinsen.

Erk. vom 23. Aug. 1848. in Sachen Schmeißer ./. Loße.

Die l. 3. C. de usur. rei. iud. (7. 54.), welche, von zuerkannten Zinsen wieder Zinsen zu nehmen, verbietet, handelt blos von dem Falle, wenn Zinsen neben dem Capitale eingeklagt werden, und bestätigt dagegen den Satz, daß die actio judicati eine Novation bewirkt (novatur judicatis actione prior. contractus.)

Von einer solchen umgewandelten Forderung, bei welcher aller Verdacht eines wucherlichen Anatocismus hinwegfällt, können wieder Zinsen stipulirt und gefordert werden.

Mevius, P. IV. dec. 213. Hommel obs. 718. N. 6. Glück, Comment. Th. 21. §. 1135. S. 125. flg.

Digitized by Google

14.

Justa causa bei Wiedereinsetzung in vorigen Stand.

Verordn. vom 7. Sept. 1848 in S. Schneider ℳ. Störl.

Das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gründet sich hauptsächtich auf das Römische Recht, und Beklagter, welcher eine dispositionsfähige Person ist, kann sich in dieser Hinsicht blos auf die allgemeine Clausel des prätorischen Edicts beziehen, welche nach l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maior. in integr. rest. (4. 6.) lautet: „Item si alia iustu causa mihi esse videbitur, in integrum restituam.“ Beklagter hat aber eine iusta causa für sein Gesuch anzuführen nicht vermocht. Eine solche gerechte Ursache könnte nun entweder: a. in einem unverschuldeten Zufalle, welcher ihn oder seinen Anwalt an der gehörigen Vertheidigung seiner Rechte behindert, oder b. in einem offenbaren Versehen seines Anwalts bestehen. Allein zu a. hat derselbe irgend ein zufälliges Ereigniß, welches die tempestive Einwendung einer Appelation, oder die Einreichung eines Gegenbeweises unmöglich gemacht, oder einen Irrthum verursacht hätte, nicht angegeben So viel aber das Versehen des Sachwalters betrifft, so ist es nach Römischem Rechte — l. 39. D. eod. — sogar zweifelhaft, ob eine Wiedereinsetzung dagegen stattfinde, um so mehr, da auch in andern Fällen ein Auftraggeber seinen Mandatar vertreten und die Nachtheile, welche dessen ungenauere Vollführung des Auftrags nach sich zieht, über sich ergehen lassen muß. Die Deutsche und die Sächsische Praxis hat die mildere Meinung aufgestellt — Kind, Quaest. for. T. III. c. 100. ed 2., Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. 7. S. 276 flg. —

Allein eines Theils muß bei Gegenständen, welche eine Schätzung zulassen, der nachlässige Sachwalter zuvörderst ausgeklagt werden, andern Theils muß auch die Vernachlässigung offenbar und erkannt sein. Es ist aber für eine Vernachlässigung sofort nicht zu achten, wenn der Sachwalter eine Prozeß-Handlung, welche an sich nicht nothwendig, sondern nur facultativ ist, unterläßt. Er kann z. B. eine Appellation einzuwenden unterlassen, weil er keine erheblichen Gründe hat, die Entscheidung anzufechten, oder einen Gegenbeweis nicht führen, weil es ihm an

Digitized by Google

geeignetem Material dazu fehlt und er seiner Partei unnöthige Kosten ersparen will.

15.

Vetus mos.

Erk. vom 19. Aug. 1648 in S. Müller ./. Nöllig.

Die Bestimmung des Römischen Rechts l. 7. C. de serv. et aqua (3. 34.) „si manifeste doceri possit, ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster, nequid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur providebit“ ist von entscheidender Wichtigkeit. Unter der vetus mos ist nicht blos ein unvordenklicher, sondern auch ein solcher Besitzstand zu verstehen, der die gewöhnliche Verjährungszeit hierdurch bestanden hat. — Zum Schutz des nothwendigen landwirthschaftlichen Bedürfnisses der Wiesenwässerung war bestimmt, daß Niemandem gestattet sein soll, eigenmächtig einen solchen Besitzstand zu stören, doch konnte auch schon nach Römischem Rechte der Fall eintreten, daß mehren Personen zugleich an einem Gewässer, und zwar in einem und demselben Districte desselben ein Wasserleitungsrecht zustand l. 2. §. 1. D. de serv praed. rust. (8. 3.) l. 2. §. 2. eod. l. 2. §. 1. l. 5. D. de aqua quotid. (43. 20.), so wie es denn auch nach Sächsischen Gesetzen ein Mitbenutzungsrecht eines anderen Adjacenten geben kann.

16.

Das Vorlesen eines Protocolls genügt auch ohne die Bemerkung der Genehmigung.

Erk. vom 20. Septbr. 1846 in S. Rühle ./. Gem. Nickern.

Die Behauptung einer allgemeinen Praxis, wonach sowohl bei gerichtlichen Registraturen, als auch bei Notariats-Protocollen

Digitized by Google

die Bemerkung des erfolgten Vorlesens nicht genügen, vielmehr auch noch die Bemerkung der Genehmigung der Gültigkeit erforderlich sein soll, ist theils an sich durchaus nicht zu begründen,

Kind, Quaest. for. Tom. III. cap. 47. ed 2.

theils würde sich diese Praxis, am Wenigsten für die Zeit der Errichtung eines alten Erbregisters, nachweisen lassen, theils wäre sie, selbst bewiesen, schon an sich nicht geeignet, ein Instrument als ungültig erscheinen zu lassen, das auf ein Protocoll sich gründet, bei welchem dem gesetzlich — Notariats-Ordnung von 1512. §. 10. — allein erforderlichen Vorlesen Gnüge geschehen war. Die Genehmigung liegt in dem Anhören des Vorlesens, ohne Widerspruch gegen das Vorgelesene, das hier um so zweifelloser erklärt und ausgesprochen werden müßte, je mehr der ganze Zweck des Vorlesens eben darin besteht, zu erforschen, ob die Absicht der Interessenten von dem Protocollanten richtig aufgefaßt worden.

17.

Bei Inhibition eines bedrohten Rechts bedarf es der Bescheinigung einer Gefahr nicht, und können bei einer solchen auch Zeugen angegeben werden.

Erk. vom 14. Septbr. 1848 in S. Stengel ./. Stengel.

Die Protestation des Impetranten gegen Veräußerung und Verpfändung des Ritterguts S. ist auf einen angeblichen Kaufvertrag gegründet, welchen derselbe im J. 1830 mit dem Besitzer dieses Gutes abgeschlossen haben will. Es ist daher nicht blos von Sicherung einer Geldforderung, sondern von einem Anspruche an dieses bestimmte Gut die Rede, wobei, nach §. 147. des Gesetzes über das Hypothekenwesen vom 6. November 1843, es nur der Bescheinigung des zu sichernden Rechts, nicht aber auch des Nachweises einer drohenden Gefahr bedarf. Zu jener Bescheinigung hat nun Impetrant Zeugen angegeben, deren Abhörung vor allen Dingen angeordnet worden ist. Dies ist formell für statthaft zu achten, da über die Art der Bescheinigung

Digitized by Google

weder im angezogenen Gesetze, noch auch im gemeinen Rechte, eine nähere Vorschrift enthalten ist, und daher kein Bescheinigungsmittel, außer dem Eidesantrage, welcher seiner Natur nach für dergleichen Incidentpunkte sich nicht eignet, und der Hauptsache zu sehr präjudiciren würde, ausgeschlossen erscheint.

Heyne, Erörterungen aus dem Hypothekenrecht, Absch. 2. S. 77.

18.

Das Aussprechen einer subjectiven Ansicht über einen vermeintlichen Anspruch ist schon Diffamation

Erk. vom 14. Octbr. 1818, in S. Weidenbach ./. Haubold.

Der Provocant hatte die Diffamation unter andern in einem Briefe des Provocaten finden wollen, in welchem derselbe sagte: „ich glaube, es stünde mir zu, Sie deshalb in Anspruch zu nehmen." In zweiter Instanz wurde dies nicht für ausreichend erkannt. In dritter Instanz war man anderer Meinung, und erklärte sich in den Gründen folgendermaaßen: Daß nicht direct vom Provocaten erklärt worden, er habe Ansprüche, sondern nur, er glaube Ansprüche zu haben, vermag in der Sache nichts zu ändern, denn jedes Berühmen mit einem Anspruche beruht in der Regel nur auf der subjectiven Ansicht des Diffamanten, auf der Meinung und dem Dafürhalten desselben, indem die Frage, ob der Anspruch auch wirklich begründet sei, erst von der diesfallsigen richterlichen Entscheidung abhängt. Das Aussprechen der subjectiven Ansicht, einen Anspruch an Jemand zu haben, ist es daher, was den Begriff der Diffamtion bildet, und den andern Theil zur Provocation berechtiget, während darauf, ob dieses Aussprechen mit weniger oder mehr Bestimmtheit stattgefunden hat, nichts ankommt.

19.

Beweiskraft alter archivalischer Urkunden.

Erk. vom 28. April 1816 in S. Gem. Eisenberg ./. Fiskus.

Bei der Beantwortung der Frage über die Beweisfähigkeit

Digitized by Google

und Beweiskraft alter Urkunden und sonstiger Schriften, zumal solcher, welche in öffentlichen Archiven sich befinden, ist auf die speciellen Umstände und Verhältnisse das Augenmerk zu richten, insonderheit z. B. auf die Beschaffenheit der Schrift, auf die Verfassung und Stellung der sie aufbewahrenden Behörde zu den Interessenten, auf die Veranlassung und den Zweck bei Aufnahme und Aufbewahrung der Schrift im Archive, auf die zu der betreffenden Zeit gewöhnlich beobachteten Formen und auf die Verbindung, in welcher die Schrift vielleicht mit andern Theilen des Archivs stehet. Nur auf solche Weise wird sich ermessen lassen, ob die Schrift als eine beweisfähige und beweiskräftige gelten könne, oder ob ihr, wenn auch gleich bei strenger Anwendung der Prozeßvorschriften, formelle Bedenken sich zeigen sollten, nicht wenigstens, in Folge der durch die Umstände begründeten innern Wahrscheinlichkeit, einige Glaubwürdigkeit und adminiculirender Einfluß beigelegt werden darf.

20.

Erfüllungseid bei mehr als halben Beweis.

Erk. vom 28. Jan. 1846, in S. der Rentzischen Eheleute.

Wenn man auch der Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche behaupten, daß **mehr**, als halber Beweis, vorhanden sein müsse, wenn auf den Erfüllungseid solle erkannt werden können,

Strauch de iur. supplet. Jenae, 1655.

Alaf, Diss. de usu iuram. necess. cap. 2. §. 20.

Leyser, Med. sp. 141. med. 2.

Müller, Observat. pract. ad Leyser. Tom. II. fasc. 1. obs. 317.

Malblanc, Doctr. de iureius. §. 72.

nicht gerade das Wort reden will, obgleich sie immer noch vor der, welche

Conz, de probabilit. iurid. Tubing 1751. 4. 9.

Mevius, P. VI. dec. 155.

Lauterbach, Colleg. theoret. pract. Pand. ad. tib. 12 tit. 2. §. 79.

Digitized by Google

Hofacker, Princip. jur. Civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1527.
Boehmer, Pr. iur. canon. §. 845.

zugethan sind, nämlich daß bei grade halbem Beweise, stets auf den Ergänzungseid zu erkennen sei, den Vorzug verdient; so viel ist gewiß, daß, wenn, bei einem vorliegenden unvollkommenen Beweise, der erkennende Richter genöthigt ist, einer der Parteien einen assertorischen Eid — iuramentum necessarium — zu dem Zwecke aufzuerlegen, um seine unvollständige actenmäßige Ueberzeugung von der Wahrheit erheblicher Thatsachen entweder vermittelst der eidlichen Erhärtung des Beweisführers vervollständigen, oder durch den Reinigungseid der Gegenpartei gänzlich aus dem Wege räumen zu lassen, die Beantwortung der Frage, auf welchen von beiden Eiden zu erkennen sei? nur da zu Zweifeln die Veranlassung geben kann, wo der Richter durch das Beigebrachte so weit überzeugt worden ist, daß er die Wahrheit der zu beweisen gewesenen Thatsache — nach dem Werthe der Beweismittel und Beweisgründe — den juristischen Ueberzeugungsregeln gemäß, eben so gut glauben, als nicht glauben darf.

Gensler, im Archive für civil. Praxis. 4. Band. N. 21. S. 226.

In diesem Falle kann die bessere Sachkenntniß des Schwörenden für die zu treffende Wahl wohl den Ausschlag geben; allein auch hier ist an diese Regel der Richter keineswegs unbedingt gebunden, sondern wenn die grade vorliegenden Umstände es erheischen, kann, ungeachtet derselben, einem Glaubenseide der Vorzug vor dem Wahrheitseide gegeben werden.

Linde, Lehrb. des gem. deutsch. Proc. §. 293.

21.

Der Vater als Stellvertreter seines Haussohnes im Prozesse.

Erk. vom 7. Mai 1846, in S. Hacker ./. Süßmilch.

Die Erklärung der E.-P.-O. Tit. 9. §. 1., wornach ein Vater zwar berechtiget ist, für den noch in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Sohn vor Gericht zu erscheinen, jedoch dieser

Digitized by Google

auch den Prozeß in eigener Person selbstständig führen kann, stellt sich um so angemessener dar, als dieselbe schon dem gemeinen Rechte entspricht.

Denn nach diesem hat ein filius familias, insofern nicht das unmündige Alter ihn daran verhindert, personam standi in iudicio, und kann namentlich auch als Beklagter selbstständig vor Gericht gezogen werden. — l. 57. D. de judicis (5. 1.) „Tam ex contractibus, quam ex delictis in filium familias competit actio" etc. — l. 39. D. de oblig. et act. (44. 7.) „Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest." Dieser Rechtsgrundsatz findet sich noch weiter ausgeführt in v. Langenn und Kori Erörterungen prakt. Rechtsfragen Th. 1. N. 14.

22.

Eidesantrag über Artikel, bei denen zugleich Edition verlangt, und Editionseid angetragen worden ist.

Erk. vom 28. Mai 1846, in S. Schröbert ./. Ruschenbusch.

Der behauptete Gerichtsgebrauch, nach welchem der Beweisführer für den Fall, daß eine nicht in seinen Händen befindliche Urkunde nicht edirt werden sollte, über den Inhalt des Artikels eventuell den Eid antragen dürfe, ist nicht unbegründet. Zuförderst bezeuget Kind, Quest. for. t. III. c. 68. pag. 321. et 2, daß, wenn schon das vormalige Appellationsgericht in älterer Zeit die beregte Ansicht nicht stets festgehalten habe, dies doch seit dem Jahre 1708 geschehen sei. Eben so erklärt Gottschalk Disc. for. t. I. c. 21. p. 223. sp. ed. 2. diese Ansicht für die einstimmige der Sächsischen Rechtslehrer und für die auf entschiedenem Gerichtsgebrauche beruhende, indem er nicht nur neuere Erkenntnisse anführt, sondern auch auf den im Jahre 1803 im Druck erschienenen Entwurf einer neuen Gerichtsordnung Tit. 17. §. 3. No. 3. verweiset, in welchem diese Ansicht auch Anerkennung gefunden hat. Eben dasselbe ist geschehen in dem, mittelst Decret vom 21. Mai 1830, den Ständen vorge-

Digitized by Google

legten Entwurf eines Gesetzes über den Civilprozeß §. 131. Landt.-Acten, v. J. 1830. Bd. 2. No. 118. S. 879., und in zahlreichen Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts, von denen sich einige im Wochenblatte für merkw. Rechtsfälle. Jahrg. 2. 1842. S. 195. 243. abgedruckt finden.

Daß diese gerichtsgebräuchliche Ansicht eine rationelle sei, läßt sich nicht wohl bestreiten, und keine gesetzliche Vorschrift wird dadurch abgeändert, indem die in der A. P. O. Tit. 18. §. 3. enthaltenen Worte: „zugleich" und „conjunctim" ein Verbot der eventuellen Verbindung des Eidesantrags mit dem Editionsgesuche nicht enthalten, vielmehr die Frage hierüber wenigstens unentschieden lassen.

Nicht als aufgehoben ist dieser Gerichtsbrauch dadurch zu betrachten, daß einzelne Fälle vorgekommen sind, in denen derselbe von Spruchbehörden erster oder zweiter Instanz nicht beachtet worden ist.

23.

Excipiens non fatetur.

Erk. vom 27. Aug. 1846, in S. der Gonneschen Erben ℳ. Fiskus.

Der Beklagte hatte excipirt, daß ein Theil der geklagten Forderung von ihm bezahlt worden sei. Das Appellationsgericht zu Dresden fand hierin ein Zuständniß. Das Appellationsgericht zu Leipzig reformirte. Das Obeeappellationsgericht stellte das erste Erkenntniß wieder her, und sprach sich in den Gründen dahin aus. „Wenn schon die Gesetze die Regel aufstellen, excipiens non fatetur — l. 4. D. de except. (44. 1.); cap. 6. X. de except. (II. 5.), cap. 65. de regul. in 6°. — deren Anwendbarkeit bei vielen peremtorischen Einreden, als des Verzichts, des Remisses, der Verjährung, der Compensation, nicht zu bezweifeln ist; so leidet doch diese Regel Ausnahme, wie in l. 9. D. de except. selbst angedeutet wird: „non utique existimatur confiteri, qui exceptione utitur." Eine solche Ausnahme aber tritt ein, wenn der Beklagte, von welchem aus einem Rechtsgeschäfte eine bestimmte Summe gefordert wird, excipirt, daß er

Digitized by Google

dieſe Summe bezahlt habe. In dieſer Einrede, wenn ſie nicht mit dem Anführen verbunden wird, daß dieſe Zahlung aus einem Irrthume geſchehen ſei, liegt, ſowohl nach allgemeinen Grundſätzen über ſtillſchweigende Willenserklärung, als nach ſpecieller geſetzlicher Vorſchrift, das Anerkenntniß, daß die Forderung vor der Zahlung wirklich beſtanden habe. Denn nach l. 28. pr. D. de probat. (22. 3.) ſoll die Präſumtion für denjenigen ſtreiten, welcher Zahlung erhalten hat, daß ihm die Forderung darauf wirklich zugeſtanden habe, und es wird der Grund davon darin geſetzt: „qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile pecunias suas jactet et indebitas effundat.“ —

24.

Dingliche Laſt.

Erk. vom 12. Novbr. 1826, in S. des Kirchenärars zu Gersdorf ℳ. v. Lindenau.

Unter dem Worte „dingliche Laſt“ im weiteſten Sinne kann auch das Pfandrecht mit verſtanden werden, im engern Sinne aber begreift es in ſich die Oblaſten, deren in der E. P. O. Tit. 42. §. 8. gedacht iſt, die Servituten und Auszüge.

Auf die letztere Art bezieht ſich, außer der nur angegebenen Geſetzſtelle, noch die Beſtimmung der E. P. O. Tit. 39. §. 11, auf die Pfandrechte aber die E. P. O. Tit. 44. Daß jene zu ihrer Begründung der richterlichen Conſensertheilung bedürften, iſt in keinem Geſetze ausgeſprochen.

25.

Erſcheinen vor einem incompetenten Gerichte ohne Proteſt.

Erk. vom 21. Novbr. 1816, in S. v. Zehmen ℳ. Actor des Pfarrlehns zu Ziegenhain.

Eine ſtillſchweigende Erſtreckung der Gerichtsbarkeit von Seiten des Beklagten findet ſtatt, wenn er ohne Widerſpruch ſich vor dem unzuſtändigen Richter auf den Prozeß einläßt: da-

Digitized by Google

her auch wenn er in dem ersten Termine ohne Protestation erscheint: „Praescriptiones fori in principio litis a litigantibus opponendas esse legum decrecit auctoritas l. 13. C. de exc. seu praescr. (8. 36.) Dagegen ist sie nicht schon darin enthalten, wenn der Beklagte Vorlegung der Klage verlangt, da er damit noch keine Prozeßhandlung unternimmt, „Non videtur in iudicem consentisse, qui edi sibi genus apud eundem judicem desiderat actionis. l. 32. D. de iud. (5. 1.)

26.

Strickte Auslegung des vorgeschriebenen Präjudizes für Ladungen.

Erk. vom 11. Novbr. 1846, in S. des Ulbrichtschen Creditwesens.

Bei Androhung eines Rechtsnachtheils liegt dem Richter ob, sich genau an die Worte des Gesetzes zu halten, auf welches der Rechtsnachtheil sich gründet, damit nicht diejenigen, welche der Vorladung nicht Folge leisten, und daher dem Präjudize unterworfen werden sollen, gegen die Anwendung desselben Zweifel erheben können. Sobald die Worte nicht vollkommen gleichlautend sind mit den Worten des Gesetzes, so handelt es sich mehr blos um eine leere Form, sondern um das Wesen der Sache, wechem durch willkührliche Abweichungen leicht Eintrag geschehen kann. In dem geschärften Banqueroutier-Mandate vom 20. Decbr. 1766 §. 22. ist nicht vorgeschrieben, daß die Gläubiger zu Anmeldung ihrer Forderungen, bei Verlust derselben, vorgeladen werden sollen, sondern es soll die Edictalladung erlassen werden: „unter der Verwarnung, daß die, so außenbleiben oder nicht gehörig liquidiren, von dem Concurse ausgeschlossen (pro praeclusis) geachtet werden sollen.“ Wenn nun das ꝛc. Gericht nicht dieser vorgeschriebenen, sondern der erst gedachten Fassung sich bedient hat, so kann nicht behauptet werden, daß die Edictalladung ganz richtig und ganz den Vorschriften des angezogenen Mandats gemäß eingerichtet sei.

Digitized by Google

27.

Rusticität ist heut zu Tag kein Wiedereinsetzungsgrund.

Erk. vom 11. Novbr. 1846, in Sachen des Ulbrichtschen Creditwesens.

Der Umstand, daß eine Parthei auf dem Lande wohne, ist für einen solchen Grund nicht zu achten, und welchen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen, besonders da es der Parthei freisteht, einen Sachwalter zu befragen,

1. 9. §. 3. D. de iur. et facti ingnor. (22. 6.)
Glück, Th. 6. §. 472. S. 52.
Leyser, sp. 64. med. 8.
Hommel, Rhaps. obs. 477.
Wernher, P. I. obs. 52.

28.

Ein Riß kann in jedem Stadium des Prozesses benutzt werden.

Erk. vom 26. Novb. 1846, in S. Tharand's ℳ. Hundsbecker.

Ein Riß oder Plan kann von richterlichen Amtswegen oder auf Antrag einer Partei noch in jedem Abschnitte des Prozesses zur Hilfe genommen werden, wenn er blos zu der Veranschaulichung der Sache, oder zur Unterstützung der Localbesichtigung, um die Merkmale leichter aufzufinden, auf welche der Augenschein zu richten ist, dienen soll. In manchen Fällen ist dies sogar der Partei gesetzlich zur Pflicht gemacht. Jüngster Reichstags-Abschied von 1654. § 51. Anschlag des vormaligen Appelationsgerichts vom 25. October 1805. (C. A. C. III. 1. Th. S. 223). Soll aber ein später zu den Acten gebrachter Riß diese eingehende Zwecke erfüllen, so ist ein solcher unzulässig.

Digitized by Google

29.

Vermuthung der Dotalqualität landwirthschaftlicher Gegenstände, welche ein Schwiegervater dem Schwiegersohn überlassen.

Erk vom 19. Novbr 1846, in S. Kürbs's, als Vormund der geschiedenen Rühle ℄ Rühle.

Wenn ein Vater kurze Zeit nach der Verheirathung seiner Tochter seinem Schwiegersohne, der die Landwirthschaft betreibt, gewisse Gegenstände übergiebt, von welchen dieser in seine Wirthschaft Gebrauch machen kann, und die er zu diesem Zwecke empfangen zu haben einräumt, so streitet die Vermuthung dafür, daß solche als Ausstattung der Tochter des Gebers, nicht aber als Geschenk für den Schwiegersohn zu betrachten, mithin die Dotalqualität bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen sei; und unter diesen Umständen liegt dem Vater in dieser Beziehung die Begründung seiner Klage, nicht aber dem Beklagten der Beweis der Einrede der Schenkung ob; denn eine gesetzliche Vermuthung, welche in einem solchen Falle die Beweislast unbedingt auf Beklagten überträge, bestehet nicht, vielmehr ist die Constituirung einer dos rein factisch, die in der Regel durch ausdrückliche Willenserklärung bestimmt wird, also insoweit auch des Beweises nicht bedarf. l. 51. D. de iure dotium, (23. 3).

Leyser, Medit. ad Band. cp. 302 med. 5.

Kind, Quaest. cap. 34. T. IV. ed. 2.

30.

Zurückweisung versäumter Sätze.

Erk. vom 3. März 1847 in S. Meuert's Creditwes. ℄ Fränzel.

Es ist zwar durch kein Gesetz dem Richter untersagt, einen zu spät eingebrachten Satz sofort zurückzuweisen. Nur ist allerdings eine Notiz darüber zu den Acten zu bringen, weil schon der Versuch mit dem Satze einzukommen, eine Partheihandlung, und die Zurückweisung desselben eine richterliche Entschließung ist, welche auf den weiteren Gang des Prozesses von Einfluß

Digitized by Google

sein kann. Zweckmäßiger aber ist es für jeden Fall, einen solchen Satz zu präsentiren und salvo iure zu den Acten zu nehmen. Denn er kann einer Seits Zugeständnisse enthalten, oder über factische Umstände, welche in der Klage dunkel gelassen worden sind, Licht verbreiten, anderer Seits aber ist es möglich, daß die Parthei, welche ihn zu spät eingebracht, das Versäumniß genügend entschuldigen können, und dann fehlt es, wenn der Satz später wieder eingereicht wird, an der Gewißheit der Identität desselben mit dem früher zurückgewiesenen. Die Bestimmung der Appellationsgerichts-Ordnung vom 27. März 1734 Tit. vom rechtlichen Einbringen hat nur den Sinn, daß das Ermessen, ob ein verspätigter Satz noch anzunehmen sei, in die Hände des Richters selbst und nicht der Gerichts-Subalternen gelegt werden soll.

Nach dem Mandat vom 25. April 1672 — A. I. D. 1562. —, welches ursprünglich zwar nur von den Appellationsgerichten handelt, aber später durch die E. P. O. Tit. 3. §. 3. und durch den Gerichtsgebrauch,

Griebner, Discours zur E. P. O. S. 71. Ausg. Küstner. Gesetz vom 7. October 1834. — Gesetzbl. S. 247 — auch auf die Untergerichte angewendet worden ist, ist dem Beklagten für seinen Quadruplikſatz noch der letzte halbe Tag der siebentägigen Frist bestimmt. Wenn nun schon dieser Satz nicht als Beantwortung einer Replik oder Triplik bezeichnet werden kann, welcher nicht existirt, so steht es doch den Beklagten frei, denselben noch zu benutzen, um Erinnerungen gegen die Klage vorzubringen, oder früher allgemein vorgebrachte Ausflüchte noch näher zu begründen. Es ist daher der fragliche Satz zu den Acten zu nehmen.

31.

Persönliche Klagen gegen Denjenigen, welcher ein Servitut zugesichert hat.

Erk. vom 23. März 1847, in S. Fischer ./. Klemm und Sucher.

Durch die Zusicherung einer Servitut wird zwar nicht die actio confessoria gegen jeden Singular-Successor, wohl aber eine

Digitized by Google

persönliche Klage gegen den Promittenden auf Erfüllung seines Versprechens begründet, welcher dadurch zur Bestellung der erstern sich verbindlich gemacht hat — l. 3. D. de oblig. et act. (44. 7.) Vermag derselbe seiner Zusage nicht nachzukommen, so steht dem Promissar, wie beim Kaufe dem Käufer gegen seinen Verkäufer, wenn dieser ihm den verkauften Gegenstand nicht im Besitz verschafft hat, — l. 11. §. 2. D. de act. emti et verd. (19. 1.), ein Anspruch auf das Interesse zu, welcher jedoch, gleich jeder Leistung ad id quod inter est, blos subsidarischer Natur ist — l. 68. D. de rei vindicat. (6. 1.), und die Klage auf Erfüllung so lange nicht ausschließt, als nicht der Umstand, daß der Versprechende den gegebenen Zusicherungen nachzugehen, sich außer Stand befinde, beigebracht worden ist.

32.

Attentat gegen eine Appellation.

Verordnung vom 22. April 1847, in S. Hentzschels und Gen. ℳ. Stadtgemeinde zu Sebnitz.

Ein gegen eine eingewendete Appellation begangenes Attentat kann und muß der Oberrichter revociren — l. un. D. nihil innovari appellat. interpos. (49. 7), l. 3. C. de appell. (7. 22), cap. 7. de appell. in 6°. Jüngster Reichsabschied. 1654. §. 59.

Mohlen, über die Appellation. Berlin und Stralsund 1791. §. 134.

Mevius, P. IV. dec. 186 und 383.

Biener, Syst. proc. §. 188. verb. „nullam et irritum habetur."

Carpzov, lib. III. tit. 12. resp. 108. —

Und wenn schon das Canonische Recht und das angezogene Reichsgesetz dabei einer vorausgegangenen Inhibition des Verfahrens gedenken; so ist doch dies dabei keineswegs als wesentlich zu betrachten.

Mevius, l. c. dec. 382.

und dies in Sachsen um so weniger, da die früher gebräuchlich

Digitized by Google

gewesenen Inhibitorialien vorlängst abgeschaft worden sind. — Mand. vom 13. März 1822. §. 33. —

33.

Begriff eines Pertinential-Grundstücks.

Erk. vom 17. April 1847, in S. Ziegenhain ℳ. Baumann's Erben.

Wenn in den Werken mehrerer älteren Schriftsteller, z. B. in Kind, Quaest. for. T. II. pag. 569,

Curtius, Handbuch des Civilrechts Th. 2. §. 408.

bei Feststellung des Begriffs eines Pertinentialgrundstücks, darauf, ob es unter dem vollen Schockquantum eines andern Guts in unzertrennter Schocksumme mit verschätzt sei, ein Gewicht gelegt worden; so hat man dabei mehr vom Standpunkte der Steuerbehörden aus, als nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen die Sache beurtheilt. Nach Letzterem giebt es noch andere Merkmale der Pertinentialqualität, und zu diesem gehört ganz besonders das Vorhandensein von Erklärungen, oder Handlungen der Besitzer, oder Vorbesitzer einer Sache, aus der sich ergiebt, daß diese Sache mit einer andern dauernd und nicht blos für vorübergehende Zwecke als ein Ganzes verbunden sein sollen.

34.

Klageveränderung.

Erk. vom 29. Juni 1847, in S. Semmig ℳ. Heinsius.

Nach der Bestimmung des Sachsenspiegels Buch 1. Art. 63. und Buch 3. Art 4. war die Veränderung der Klage bis zur Angelobung der Gewähr statthaft. Diese Vorschrift führte nun — Consultat. Saxon. T. I. P. III. qu. 3. pag. 47, sq. ed. Franco Furti. 1599 — unter den älteren Sächsischen Rechtslehrern, namentlich zur Zeit der Abfassung der Constitutionen, eine Meinungsverschiedenheit darüber herbei, ob eine Klageveränderung, auch hinsichtlich der zu bewirkenden Eidesdelation

Digitized by Google

dann noch zuläſſig ſei, wenn zwar die Einlaſſung bereits erfolgt, die Gewähr aber noch nicht angelobt war. Die Const. XI. verordnete in dieſer Beziehung, daß in beiden Fällen, wenn die Gewähr angelobt oder lis pure conteſtirt worden, der Kläger nicht mehr Macht haben ſolle, die Klage zu ändern oder den Eid anzutragen, und beſtätigte alſo das Römiſche Recht, nach welchem in der Regel die Veränderung des Libelles nur bis zur Litisconteſtation, die unter den Parteien einen Quaſicontract begründete, geleiſtet war, — inſofern, als ſie ohne Rückſicht auf die Angelobung der Gewähr durch die unbedingt geſchehene Einlaſſung die Veränderung der Klage für ausgeſchloſſen erklärte. Die A. P. O. nahm Tit. 5. §. 4. in Verbindung mit Tit. 12. die bemerkte Dispoſition der Conſtitution wieder auf, fügte aber zugleich hinzu, daß Klägern, nach angelobter Gewähr und pure bewirkte Kriegsbefeſtigung, die Einreichung der neuen Klage dann freiſtehen ſolle, wenn er die vorige Klage ganz fallen laſſe, und Beklagter die Unkoſten erſtatte, eine Beſtimmung, welche die in oben gedachter Conſtitution aufgeſtellte Regel in ſo weit wieder aufhob, und neue Streitigkeiten vorzüglich darüber hervorrief, bis zu welchem Zeitpunkte dem Kläger das Fallenlaſſen der Klage und die Uebergabe einer neuen geſtattet ſei, und ob dies insbeſondere noch geſchehen könne, wenn ſchon auf Beweis, oder auf den angetragenen Eid nach erfolgter Einlaſſung rechtskräftig erkannt worden, indem Beklagten aus der Rechtskraft eines ſolchen Urthels ein nicht zu entziehendes ius quaesitum erwachſen ſei.

Ziegler, Comment. ad. Ord. proc. Sax. Tit. V. verb. „ganz fallen laſſen."

Rivinus, Enunc. iur. ad. tit. 5. No. 49.

Berger, El. disceptt. for. Tit. I. obs. so. nota 1.

Fleck, Diss. de discrimine inter mutationem et emendat. libelli. iure com. et. Sax Lips. 1790. Cap. II. § 4. —

Die C. P. O. Tit. 3. §. 9. ſtellte nun (außer der noch beim Beweiſe und im Schwörungstermine zuzulaſſenden, in der Abänderung eines Irrthums oder der Subſtitution eines geringern quanti beſtehender Verbeſſerung der Klage) Folgendes feſt:

Digitized by Google

1) daß dem Kläger die Veränderung in modo agendi et probandi bis zu der Zeit nachgelassen bleiben sollte, wo über Litiscontestation, als auf Beweis oder Eidesleistung rechtskräftig erkannt worden, wodurch mithin das frühere Recht, welches die in der E. P. O. aufgehobenen Angelobung der Gewähr oder die unbedingte Kriegsbefestigung die mutatio libelli ausschloß, eine Abänderung erlitt; —

2) daß dem Kläger zwar, die vorige Klage fallen zu lassen und eine neue zu übergeben, zu jeder Zeit dann freistehen solle, wenn die neue von der vorigen, sowohl in Ansehung des Fundaments, als des Objects, verschieden sei, außerdem aber (dafern weder ratione causae pedenti, noch obiecti eine Verschiedenheit beider Klagen vorliege) die neue nur in dem Falle zulässig erscheine, sobald sie vor Ablauf der Beweisfrist oder bis zu Rechtskraft des auf den Eid gerichteten Erkenntnisses übergeben würde.

Diese zweite Disposition, die, wie die erste, auf dem Grundsatze beruhet, daß dem Gegner das aus der Rechtskraft erlangte Befugniß nicht verloren gehen solle, giebt nun, in Beziehung auf die gegenwärtige Streitfrage, schon seinen Worten nach ein deutliches Anhalten an die Hand. Denn der Gesetzgeber hat unter 2. sowohl für das Fallenlassen der Klage, als das Uebergeben einer andern, eine gemeinsame Zeitbestimmung festgesetzt, und solches hat überdies nicht allein in der wohlbegründeten Absicht desselben gelegen, sondern ist auch mit Rücksicht auf den ganzen Zusammenhang des §. 9. um deswillen anzunehmen, weil sonst die im Eingange enthaltenen Dispositionen durch die in Frage befangene später völlig bedeutungslos würde.

35.

Die Verpflichtung, Zeugniß abzulegen.

Erk. vom 27. Octbr. 1847, in S. Klengel u. Cons. ./. Rücke und Klinger.

Die Verpflichtung, ein Zeugniß abzulegen, gilt, nach allen Gesetzgebungen, als allgemeine Regel, von welcher nur da Ausnahme gemacht werden könne, wo dies in den Gesetzen ausdrück-

Digitized by Google

lich vorgeschrieben oder durch die Natur der Sache unabweisbar geboten wird. Der von Einigen aufgestellte Satz, daß nur unzulässige Zeugen zu Ablehnung eines Zeugnisses auch nicht wider ihren Willen genöthigt werden könnten, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht rechtfertigen. Schon die Römische Gesetzgebung — Nro. 90. c. 8. — zeigt dies, indem Justinian hier erklärt, daß der Grund der Verschonung der mediatores mit der Nöthigung zur Zeugenaussage dann wegfalle, wenn beide Theile darüber, daß der Zeuge abgehört werden solle, einverstanden sind, was in dem vorliegenden Prozesse insofern der Fall war, als der Beklagte den ersten Gegenbeweiszeugen nur für relativ verdächtig, nicht für unzulässig angesehen wissen, dessen Abhörung vielmehr, dafern der Zeuge dazu bereit, geschehen lassen wollte, und verlangte, solche auf seine Fragstücke mit zu richten.

Nirgends in den Gesetzen findet sich eine exceptionelle Bestimmung, wonach Advocaten die Ablegung eines Zeugnisses beliebig übernehmen, oder verweigern dürften. Der Ausspruch in der l. 25. D. de test. (22. 5.) geht nur dahin, daß der Sachwalter in den von ihm geführten Rechtsstreitigkeiten als Zeugen nicht zugelassen werden sollen („ne patroni in causa cui patrocinium praestituerunt, testimonium dicant) nicht auch dahin, daß sie, wenn die Partheien ihr Zeugniß verlangen, solches verweigern können. Daß der Beisatz: quod et in executoribus negotiorum observandum est", auf andere Personen, als Advocaten, gerichtet sei, und daß damit wenigstens nicht so viel habe gesagt werden sollen, es sei ein Sachwalter auch dann, wenn er über Thatsachen zu Ablegung eines Zeugnisses aufgefordert wird, welche er bei andern unter seiner Zuziehung verhandelten Angelegenheiten wahrgenommen hat, dazu nicht zu lassen, noch zu nöthigen, gehet eben schon aus der Fassung dieses Ausspruchs selbst hervor. Auch das Canonische Recht enthält nichts, was zur Rechtfertigung einer solchen, die Advokaten von der Zeugenschaft befreienden Exemtion bezogen werden könnte. So wie im Decr. Gratian. p. II. caus. IV. qu. II. III. c. 3. die l. 25. D. de test. wörtlich aufgenommen worden ist; so wird in c. 3. de test. in 6°. (2. 10.) noch besonders verordnet, daß der bei einem Prozesse gebraucht procurator oder advocatus

Digitized by Google

bei der Verhandlung über die Appellation nicht als Zeuge zugelassen werden soll (non recipiatur in testem). Offenbar würde diese Verordnung des Papstes ganz überflüssig gewesen sein, wenn man damals angenommen hätte, es sei ein Advocat überhaupt über keine Angelegenheit, worin er vorher Rath gegeben oder sonst concurrirt, zum Zeugniß zu admittiren und zu nöthigen.

Eben so wenig kann sich hierbei auf die Sächsische Praxis bezogen werden. Im Gegentheile ist wiederholt davon, daß überhaupt bei solchen Zeugen, über deren relative Unfähigkeit sich erst aus ihren Aussagen mit um so größerer Sicherheit schließen läßt, die Abhörung nicht zu unterlassen sei, ausgegangen und speciell hinsichtlich der Sachwalter sich dahin ausgesprochen worden, daß die I. 25. de test. blos auf die Abhörung der Advocaten in Prozessen, worin sie die Sache der einen oder der andern Parthei geführt haben, sich beziehe und daß in Betreff anderer von ihnen besorgten Angelegenheiten die Sachwalter, nach Befinden, sogar als classische Zeugen betrachtet werden können.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. 5. Bd. S. 208. 215.

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1846. S. 296.

Nun giebt es zwar gewisse in der Sache selbst liegende Rücksichten, welche die Verschonung, mit Ablegung des verlangten Zeugnisses rechtfertigen, und die bei manchen Andern eben so, wie bei Sachwaltern eintreten können. Hierher gehört es unter andern, wenn dem Zeugen zugemuthet wird, Geheimnisse, welche ihm, in Hinblick auf sein Verhältniß zur Parthei und seine Stellung im Staate, anvertraut worden sind, durch seine Aussage zu verrathen, oder wenn die wahrheitgemäße Beantwortung der ihm vorzulegenden Fragen zu solchen Geständnissen des Zeugen führen würde, wegen deren er sich in civil- oder criminalrechtliche Verantwortung brächte.

Digitized by Google

36.

Iſt die Einrede der erlöſchenden Verjährung hypothekariſcher Forderungen Amtswegen zu ſuppliren?

Erk. vom 19. October 1847, in S. Lange ℳ. die Klotze.

Vor den Gerichten zu K. klagte der Kläger in einer am 18. Juli 1846 präſentirten, am 24. Auguſt deſſelben Jahres dem Beklagten behändigten Klage auf Quittung eines von ihm an den letztern Erblaſſer bereits 4 Wochen nach dem 13. Auguſt 1806 bezahlten Capitals von 237 Rthlr. Conv. und Löſchung der diesfalls beſtellten Hypothek. In erſter Inſtanz wurden die Beklagten ſofort, in zweiter aber erſt, wenn ſie das Delatum über die geſchehene Zahlung nicht leiſten würden, dem Klaggeſuche gemäß verurtheilt. —

Das Oberappellationsgericht ſtellte die erſte Entſcheidung, aus ganz andern Gründen, wieder her, und ſprach ſich dahin aus: Conſt. 25. Th. 2. erklärt, daß „die Präſcription, da ſie manifeste bewieſen oder der Richter deſſen aus den Acten gewiß ſein könnte, zu erkennen, und ex officio zu ſuppliren ſei.“ Dieſe letzteren Worte ſetzen außer Zweifel, daß die Ueberſchrift der Conſtitution: „Ob die Richter über die Präſcription ſo ex actis dargethan, können ex officio erkennen?“ nicht ſo zu verſtehen ſei, daß ſie dieſelbe nach Gefallen berückſichtigen dürften, ſondern ſo, daß ſie dieſelbe berückſichtigen müſſe. — Carpzov Conſt. 25. P. I. def. 2. —

Seit der angeblichen Zahlung iſt eine viel längere Zeit, als die gewöhnliche Verjährungszeit, verſtrichen. Indeſſen wurde ſchon nach römiſchem Rechte — I. 13. pr. D. de usurp. et usucap. (41. 3.), I. 10. 12. C. de pignor. act (4. 24.) der Satz vertheidiget, daß das Befugniß, die verpfändete Sache einzulöſen, unverjährbar ſei. Derſelbe hat in Sachſen ausdrückliche Anerkennung gefunden durch Conſt. 1. Th. 2. Nach dem Eingange derſelben waren die Rechtsgelehrten nicht darüber einig, ob das Unterpfand verjährt werde. Namentlich hatten auch die Juriſtenfacultäten und Schöppenſtühle ungleich geſprochen. Churfürſt Auguſt entſchied ſich aber für die Anſicht, welche bei dem Kaiſerl.

Digitized by Google

Kammergerichte und zum Theil noch bei dem sächsischen Oberhofgerichte befolgt werden, „daß des Pfandes halber einige Verjährung oder Präscription durchaus nicht statt habe, sondern ein verpfändetes Gut, Kraft und Inhalts des aufgerichteten erwiesenen Contracts, zu jeder Zeit gelöscht werden könne.“ Das Gesetz scheint, nach seinem Wortlaute, zunächst nur die Frage zu entscheiden, ob das Recht, ein verpfändetes Grundstück durch Zahlung einzulösen, zu jeder Zeit ausgeübt werden können? Allein den höheren Grundsätzen zu Folge, aus denen es hervorgegangen, reicht es unzweifelhaft weiter. Es hat nemlich die Praxis des Reichskammergerichts adoptiret. Dieses ging, nach deren Zeugnisse Gaillii, Observat. II. 18. und Cramers in den Wetzlarschen Nebenstunden CXII. N. 1. von den von vielen Rechtsgelehrten

Pufendorf, obs. iur. univ. II. 92. IV. 155.

Brunnemann, Comment. in leg. Pand. Lib. XIII. tit. 7. ad l. q. N. 8. und die daselbst citirten Schriftsteller,

Mevii, resp. XIII. N. 33.

Carpzov, def. 3. const. 1. p. II.

Lauterbach, Coll. Pand. lib. XIII. tit. 7. §. 23.

getheilten Ansicht aus, daß der Pfandgläubiger sich, wegen Mangels der bona fides, und weil das Einlösungsrecht eine res meae facultatis sei, gegen die Rückförderung des Pfandes durch die Einrede der Verjährung nicht schützen könne. Ganz aus demselben Grunde aber ist dem Pfandgläubiger der Einwand der Verjährung auch in dem Falle nicht zu gestatten, wenn der Schuldner die nach Berichtigung seiner Schuld bei dem Pfandgläubiger verbliebene Sache zurückfordert. Letzterer befindet sich in dem Besitz einer Sache, von der er weiß, daß er sie nur widerruflich inne hat, so daß er eben deshalb nie in die Lage kommen kann, das Eigenthum derselben durch Verjährung zu erwerben. c. 20. X. de praescript. (2. 26.) Daß aber die Const. 1. Th. 2. die Unverjährbarkeit des Rechts, ein Pfand zurückzufordern, auf das Vorhandensein der mala fides setzt, ergiebt sich unverkennbar daraus, daß ein verpfändetes Gut zu jeder Zeit gelöst werden soll, Kraft und Inhalts des aufgerichteten erwiesenen Contracts. — Deutlich ist hiermit gesagt, daß die Einrede

Digitized by Google

der Verjährung ausgeschlossen sein soll, wenn sich nachweisen läßt, daß vom Anfang an nur ein widerruflicher Besitz eingeräumt gewesen ist. Mit Recht wurde daher von

Struv, Jurispr. Romano-German. for. tit. II. lib. IX. §. 19.

Hofacker, Princ. iur. civ. §. 1893.

Schmidt, (Joh. Ludw.) Diss. de Praescript. praesertim circa pignus §. 42.

Kori, Theorie der Verjährung §. 92.

Curtius, Handbuch §. 1107. k.

angenommen, daß die actio pignoratitia auch nach geschehener Berichtigung der Schuld keiner Verjährung unterworfen sei.

Aus diesem ergiebt sich also, daß dem Suchen Klägers, wiefern es auf Löschung der auf der ihm vormals zugehörig gewesenen Häuslernahrung noch haftenden Hypothek gerichtet worden, die Einrede der Verjährung nicht entgegen gesetzt werden kann.

Die hypothekarische Klage verjährt gegen den Schuldner oder dessen Erben in 40 Jahren, l. 7. pr. et §. 1. C. de praescript. 30. vel. 40. ann. (7. 39.) —

Curtius, Handbuch §. 1099.

Nach dem Sächsischen Gerichtsgebrauche aber wird durch die erlöschende Verjährung nicht blos das Klagrecht, sondern die Verbindlichkeit selbst aufgehoben,

Kori, a. a. O. §. 52.

v. Langenn und Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen, 3. Th. N. 11.

Die hier in Frage befangenen Kaufgelder hatte der Beklagten Erblasser bis zum 10. September 1806 zu erhalten. Sein Anspruch auf Bezahlung dieser Summe bestand nur 40 Jahre, bis zum 10. September 1846, und war erloschen, sofern er nicht bis zu diesem Tage vor Gericht geltend gemacht worden. Dies zu thun, haben Beklagte unterlassen, indem sie erst im Termine zu Güte und Recht, am 23. October 1846, also zu einer Zeit, wo ihr Recht bereits aufgehört hatte, die Löschung der Hypothek, unter dem Anführen verweigerten, daß noch nicht Zahlung geleistet worden sei. Nun ist zwar Klägern der Prätension der

Digitized by Google

Beklagten mit dem Einwande der Verjährung nicht begegnet. Allein auch ohne daß er dies gethan, war sie wegen ihrer Actenkundigkeit, von richterlichem Amtshalber zu berücksichtigen.

Vielleicht iedoch könnte man sich hierauf berufen wollen, daß die gedachte Klage bereits vor dem 10. September 1846 nicht blos bei Gericht übergeben, sondern auch dem Beklagten bereits zugefertigt worden, daher schon von diesem Tage das jetzt streitige Rechtsverhältniß gerichtshängig geworden sei.

Hiergegen nun hat man auf das Gesetz vom 20. Juni 1846 — Gesetzblt. S. 64 — zu verweisen. Unverkennbar geht dasselbe davon aus, daß, wer die Extinctivverjährung eines ihm zustehenden Rechts unterbrechen will, dies nicht anders kann, als indem er es vor Gericht, *seinem Verpflichteten gegenüber* geltend macht. Es genügt daher nicht die bloße Einreichung der Klage bei Gericht, vielmehr tritt die Unterbrechung erst ein mit Insinuation der darauf zu erlassenden Verordnung.

37.

Mitverpfändung des Inventars. Unterpfand an den natürlichen Früchten.

Erk. vom 18. Novbr. 1847, in dem von Welfersdorf'schen Creditwesen.

Solche Sachen, welche mit einem Grundstücke darum, weil sie zu dessen beständigem Gebrauche bestimmt sind, in eine bleibende Verbindung gesetzt wurden, — fixa-vincta — nehmen eben dadurch die Natur der unbeweglichen Sache an.

Glück, Erläut. der Pand. 2. Th. S. 524.

Curtius, Handb. §. 412.

Bewegliches Inventar aber, welches sich auf einem Grundstücke befindet, ohne mit demselben in eine bleibende Verbindung gesetzt worden zu sein, gilt nicht für einen Theil, für ein Zubehör desselben.

Leyser, sp. 26. med. 6., sp. 209. med. 8. 9.

Hommel, Pertinenz- u. Erbsonderregister, unter „Inventar."

Funke, Lehre von den Pertinenzen, §. 4. S. 32.

Digitized by Google

Wird daher ein Grundstück zum Unterpfande eingesetzt, so bezieht sich letzteres nicht zugleich auf das bewegliche Inventar. Dies kann in Sachsen um so weniger bezweifelt werden, als die E. P. O. Tit. 44. §. 2. erklärt, daß in rebus mobilibus weder eine gerichtliche, noch eine außergerichtliche Verschreibung von einiger Wirkung sei, sondern allein derienige ein ius reale habe, welchem ein Pfand wirklich übergeben worden, indem ein constituum possessorium oder eine traditio ficta nicht zu beachten sei. Hiermit steht die E. P. O. Tit. 38. §. 11. nicht im Widerspruche. Denn wenn auch gleich den Subhastationspatenten eine ungefähre Consignation der Inventarienstücke beigefügt werden soll; so folgt doch daraus, daß letztere unter der Subhastation begriffen worden, keineswegs, daß sie den Hypotheken-Gläubigern mit verpfändet sind.

Das den Consensgläubigern an einem Grundstücke eingeräumte Unterpfandsrecht begreift hiernächst dessen Früchte mit in sich.

Gottschalk, sel. disc. for. t. III. c. II.

Dies aber gilt nur von solchen Früchten, welche noch bei dem Schuldner vorhanden sind, nicht aber von denen, welche ein Dritter, z. B. der Pachter, bezogen hat.

Schulding, Jurispr. Anteiust. ad Paul sent. except. lib. II. tit. 5. §. 2. rat. 8.

Glück, a. a. O. Bd. 18. S. 350.

Gottschalk, l. c. pag. 239. 241. 243.

Reinhard, die Ordng. der Gläubiger im Concurse, §. 173.

Das Pfandrecht erstreckt sich zwar nicht blos auf die Hauptsache, sondern zugleich auf die davon zu erlangenden Früchte — l. 3. C. in quib. caus. pign. (18. 15.) l. 18. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.) l. 1. §. 2. l. 13. §. 1. l. 26. §. 4. D. de pign. orib. (20. 1. 1.)

Indessen sprechen diese Stellen nur von den agrarischen Erzeugnissen einer Sache, nur von den natürlichen Früchten derselben, indem blos diese als Zubehör derselben zu betrachten sind. Dagegen ist das Geld, was aus dem Verkaufe einer verpfändeten Sache, mithin auch das Geld, was aus dem verkauften Fruchtgenusse eines Grundstücks gelöset worden ist, dem an Letzteren bestehen-

Digitized by Google

den Pfandrechte nicht mit unterworfen. l. 7. §. fin. D. qui potior. in pign. (20. 4.) l. 3. C. in quib. caus. pign. (8. 15.)

Hofacker, Princ. jur. civ. §. 1169.

Glück, a. a. O. Bd. 18. S. 139.

Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts, §. 302.

Zu Begründung einer entgegengesetzten Ansicht aber kann man sich auf l. 29. D. de hered. petit. (§. 3.) l. 34. §. 6. D. de usuris. (22. 1.) l. 39. §. 1. D. de legatis. I. (30.) nicht beziehen. Diese Fragmente sagen zwar von Geldzinsen, Mieth- und Pachtgeldern, daß sie loco fructuum sind, daß sie vicem fructuum obtinent. Indessen deuten sie eben mit diesen Ausdrücken darauf hin, daß Geldzinsen, Mieth- und Pachtgelder nicht im eigentlichen Sinne des Wortes Früchte eines Grundstücks sind, sondern denselben nur in gewissen Beziehungen gleich stehen. Faßt man übrigens diese Gesetzstellen näher ins Auge; so findet man, daß sie von solchen Fällen handeln, wo Jemand eine Sache cum omni causa, mit allen davon zu erlangen gewesenen Vortheilen, zu beanspruchen hatte. Anders ist die Sache bei den Pfandverhältnissen gestaltet, indem hier der Pfandgläubiger nur die bei seinem Schuldner vorhandenen Früchte, nicht auch das, was durch deren Ueberlassung an Andere an deren Stelle tritt, wie z. B. das Pachtgeld für ein Landgrundstück, zu seiner bevorzugten Befriedigung in Anspruch nehmen kann. Unverkennbar gehen von dieser Ansicht die allegirte l. 36. D. de usuris. (22. 1.), und l. 39. §. 1. D. de legatis I. (30.) aus. Sie machen nämlich einen Unterschied zwischen den Miethzinsen von städtischen und den Pachtzinsen von ländlichen Grundstücken. Städtische Grundstücke können nur einen Nutzen durch Vermiethung gewähren, erzeugen also keine natürlichen Früchte. Es lag daher ganz nahe, daß man die pensiones urbanorum aedificorum zu den fructibus zählte; wie in diesen Gesetzstellen geschehen. Bei den Landgrundstücken dagegen finden agrarische Erzeugnisse statt, mithin natürliche Früchte. Deshalb aber betrachten iene Fragmente nicht auch die Pachtgelder von Landgrundstücken als Früchte derselben.

Das Sächsische Recht schließt sich in den Stellen, wo von der Erstreckung des Pfandrechts eines Grundstücks auf die da-

Digitized by Google

von zu erlangenden Früchte handelt, an das Römische Recht an, Const. 25. Th. 2. A. P. O. Tit. 40. §. 2. tit. 45. §. 9. Tit. 46. §. 4. E. P. O. tit. 40. §. 1. spricht nur von natürlichen, nicht von bürgerlichen Früchten.

38.

Vertretungsverbindlichkeit eines Justitiars, einem Kirchenärare und dem Collator gegenüber. Eviction. Falscher Rath.

Erk. am 31. August 1848, in S. Oberndorf ℳ. Horns Erben.

Nach den Gründen des Erkenntnisses der zweiten Instanz beruhte die Klage auf folgenden Thatsachen: Aus dem Kirchenvermögen zu O. seien an den Bauer K. 700 Thlr. gegen bedungene Verpfändung seines Guts ꝛc. ausgeliehen worden, die an K. ausgehändigte Consensurkunde sei jedoch falsch und unächt gewesen; deshalb habe die Kirche bei dem spätern Concurse des K. den größten Theil ihrer Forderung eingebüßt; Kläger, als Collator der Kirche, habe diesen Verlust ersetzen müssen; zum Ersatz dieses Ersatzes seien aber wieder die Erbeserben des Gerichtsverwalters verbunden, weil dieser die Mängel der Consensurkunde, als Jurist, gleich hätte entdecken müssen. Dabei sind nun noch verschiedene Umstände angeführt, warum der Gerichtsverwalter für die unterlassene Prüfung verantwortlich geworden sei. Die Gründe des Appellationsgerichts-Erkenntnisses stellen diese Thatsache in folgender Reihenfolge zusammen: 1) Der dem H., als Verwalter der Collaturgerichte zu O., Seiten der damaligen Collaturherrschaft (dem Besitzvorfahrer des Klägers, welchen Erstere übrigens ihr Klagerecht gegen H's Erben abgetreten hat), hinsichtlich der Ausgleichung des fraglichen Geldes und sonst, im Jahre 1820 ertheilten Auftrag; — 2. und 3. die von H. dem Kläger und dem Revisor des O. Kirchenwesens ertheilten Versicherungen und 4. die, besonders H., als Juristen, nicht zu entgehende Augenfälligkeit der Unächtheit der Urkunden. — das Appellationsgericht trat hiernächst dem, in dem zwischen der Kirche zu O. und dem P. anhängig gewesenen Vorprozesse,

Digitized by Google

ausgesprochenen Grundsatze, daß der Kläger schon allein daraus, daß H., als sein und seiner Vorgänger Gerichtshalter, die Prüfung der Aechtheit dieser Urkunde unterlassen habe, einen Anspruch gegen dessen Erben abzuleiten, nicht befugt sei, bei; da nicht H., sondern vielmehr Kläger und dessen Vorbesitzer, nach dem Regulativ, wegen Verwaltung des Kirchenvermögens, für das Markgrafenthum Oberlausitz, vom 11. August 1813. — Collect. Werk. Th. 6. S. 272. —, die Prüfung der Urkunde allein zu besorgen gehabt, indem in letztern nur für wenige, hier nicht einschlagende Fälle die Concurrenz der Gerichtsobrigkeit erfordert wird. Dieser Gesichtspunkt ist bei der nachstehenden Beurtheilung der obigen speciellen Vorgänge festzuhalten. In Bezug auf das zu 1. gedachte Anführen kommt aber als präjudiciell vorerst die Frage in Betracht: ob aus der bei dem behaupteten Auftrage der Vorbesitzer des Klägers angeblich begangenen Verschuldung H's Kläger, als Besitznachfolger, ohne Weiteres ein Klagrecht für sich ableiten könne, ohne Rücksicht auf die angezogene Cession, oder ob es hierzu einer solchen bedurft habe? Wenn einem Käufer die gekaufte Sache ganz oder theilweise abgestritten wird, ist der Verkäufer bekanntlich verpflichtet, demselben Evection zu leisten — l. 1. D. de evict (22. 1.) — was auch dann der Fall ist, wenn sich ergiebt, daß auf derselben eine dringliche Beschwerde lastet, die nicht zu den Lasten gewöhnlicher Art gerechnet werden kann — l. 1. D. de act. emt. et vend. (19. 1.) l. 39. §. 5. l. 46. pr. D. de evict. —

Diese Grundsätze gehen aus dem Wesen des Kaufcontractes und allen denjenigen Verträgen überhaupt hervor, welche die Uebertragung eines dinglichen Rechts in einer Sache bezwekken; und haftet also der Verkäufer uneugbar für alle diejenigen Verbindlichkeiten des Gegenstandes, welche mit diesen oder einzelnen Bestandtheilen desselben auf jeden Besitzer übergehen. Denn dergleichen Reallasten bleiben stets mit der Sache verbunden, sie mag titulo universali oder singulari auf Andere übertragen werden; und es ist daher auch mit den Verpflichtungen der Besitzvorgänger Klägers, als Collatoren, der Fall, die mit dem Besitze des Gutes als Reallast übergegangen sind, und worauf auch er zur Zahlung des in Frage befangenen Kirchencapitals im Vor-

Digitized by Google

prozesse für verbindlich erachtet worden ist. Anders dagegen verhält es sich mit den seinen Vorbesitzern, vermöge persönlichen Rechts aus dem Contracte, in Rücksicht auf die Ausleihung des Capitals und sonst, zuständigen Ansprüchen, welche nur von Ersteren gegen den Mitcontrahenten, mit Bezugnahme auf ein Realrecht, aber von jedem dritten Besitzer des mit dem Collaturrechte versehenen Gutes, ohne Weiteres darum nicht geltend gemacht werden können, weil sie blos ein persönliches Recht, und demgemäß eine Verpflichtung gegen den dritten Besitzer in sich keineswegs erzeugen. Um daher den dem ursprünglichen Collator in Folge eines Mandats oder sonstigen persönlichen Contractsverhältnisses, zur Entschädigung Verbundenen zu belangen, bedarf es für den nachfolgenden Collator der Bezugnahme und Nachweisung einer diesfallsigen Cession. — Wenn nun dem entgegen in dem vorigen Erkenntnisse angenommen worden ist, daß, so wie die Verbindlichkeiten seiner Vorgänger, als Collatoren, auf Klägern, nach Maaßgabe dessen, was im Vorprozesse rechtskräftig wider ihn entschieden worden, übergegangen seien, consequenter Weise auch davon ausgegangen werden müsse, daß mit dem Erkaufe des Rittergutes die Rechte seiner Vorgänger, welche sie als Collatoren gehabt, ebenfalls auf ihn übergetragen worden seien, und er demnach auch berechtigt erscheine, deren Ansprüche aus Verträgen, die sie mit dritten Personen, in Bezug auf die Collaturgeschäfte, geschlossen, und die ihre Wirksamkeit auf seine Besitzzeit mit erstreckten, indem er für die Folgen einzustehen habe, ohne weitere ausdrückliche Cession geltend zu machen; so hat dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden können. Denn nicht zu gedenken, daß iene Gründe in einem Rechtsstreite unter andern Parteien (der Attor der Kirche ./. jetzigen Kläger) ertheilt worden, und daher nicht unbedingt maßgebend für den vorliegenden Fall sind, so ist darin auch nur soviel ausgesprochen, daß die Rechte und Pflichten der Collatur, welche mit dem Besitze eines Rittergutes verbunden seien, nicht die Personen beträfen, die vielmehr durch den Erwerb des Grundstücks bestimmt werde, und mit den Vertretungen, die daraus entständen, auf jeden neuen Erwerber übergingen, daher dieser deshalb in Anspruch genommen werden könne, ohne daß es erst

Digitized by Google

einer Vorausklage seines Vorgängers, oder einer stillschweigenden Hypothek bedürfe. Dieselben beziehen sich also nur auf die mit dem Besitze des Ritterguts verbundene Vertretungspflicht, enthalten aber nichts von dergleichen Vertragsverhältnissen, wie sie oben bezeichnet wurden, und sind daher zu Rechtfertigung des gedachten Satzes nicht geeignet.

Zu 2. Bei dem zweiten, obenbemerkten Klaggrunde ist in zweiter Instanz angenommen worden, daß die Regretsklage in dieser Beziehung nur in so fern zulässig sei, als Kläger zu behaupten vermöge, daß a., wenn er die bezeichneten Mängel der Urkunde bei der Uebergabe des Kirchenvermögens wahrgenommen hätte, er den nachher eingetretenen Verlust vermieden haben würde, und b., daß H. durch seine Handlungsweise ihn daran verhindert, und sich hierbei einer ihn rechtlich verbundenen culpa gegen ihn schuldig gemacht habe, in welchen beiden Beziehungen die Klage für begründet erachtet worden ist. Dies ist auch, was in Betreff des ersten Punktes zu bemerken, insofern ganz richtig, als in der Natur der Sache liegt, daß wenn auch der Gerichtsverwalter H. dabei eine ihn an sich rechtlich verpflichtende culpa begangen hätte, er doch dann nicht zur Restitution verbindlich sein würde, sobald, bei damals erfolgter Wahrnehmung des fraglichen Falsums der Consensurkunde, K. nicht mehr im Stande gewesen wäre, die Zahlung des ausgeliehenen Capitals zu bewirken, weil dann jene Handlungsweise des H. für den Collator selbst keinen Schaden weiter herbeigeführt hätte. Von diesem Gesichtspunkte aus hat man nun

zu a., Bedenken tragen müssen, die Klage für gehörig begründet zu achten. Denn insoweit ist in derselben nirgends auf Momente Bezug genommen worden, welche die Zahlungsunfähigkeit des K. zur Zeit der erwähnten culpa an die Hand zu geben geeignet wären.

Gleichwohl beruht dieselbe auf einem factischen Verhältnisse, welches ebensowohl bestehen, als nicht bestehen kann, und für welches daher derjenige, welcher sich darauf beruft, in Fällen der vorliegenden Art Thatsachen anführen muß, durch welche seine Behauptung wenigstens bis zum Beweise des Gegentheils begründet wird. Eine Präsumtion, welche ihn von dieser Ob-

Digitized by Google

liegenheit befreiet, läßt sich in dieser Beziehung nicht aufstellen. Wenn demnach auch

zu b. in Berücksichtigung der Stellung des Justitiars zu seinem Gerichtsherrn, dem Collator, überhaupt, und mit Hinsicht auf das gedachte Regulativ, den in den vorigen Gründen entwickelten Grundsätzen (daß nämlich der Gerichtshalter der iuristische Beistand des Gerichtsherrn und nach §. 7. des Regulativs selbst zu den Coinspectoren des Kirchenvermögens zu rechnen ist) allenthalben beizupflichten wäre; so war die Klage doch schon, wegen des zu a. gerügten Mangels, formell unstatthaft.

Zu 3. Wegen des dritten Vorgangs bei der Revision des Kirchen- und Schulvermögens hatte schon die zweite Instanz bemerkt, daß hier weder behauptet worden, daß der Kläger die Prüfung der Kirchen-Urkunden dem Erblasser der Beklagten aufgetragen, oder ihn dazu veranlaßt habe, noch ist die behauptete Versicherung der Gültigkeit der Urkunde von dem letzteren gegen den Kläger abgegeben worden, vielmehr soll solche nur gegen den revidirenden Kirchenrath abgegeben worden sein, welcher nicht im Auftrage Klägers, sondern der Aufsichtsbehörde handelte. Hierzu erwähnen die Gründe der dritten Instanz noch, daß hier auch der Mangel Platz greifen würde, welcher bereits bei dem vorigen Klaggrunde ausgehoben worden.

Zu 4. Es ist bereits oben im Allgemeinen erwähnt worden, daß Kläger schon allein daraus, daß H. als sein und seiner Besitzvorgänger Justitiar die Prüfung der Aechtheit der fraglichen Urkunde unterlassen habe, einen Anspruch abzuleiten nicht befugt sei. Es bedarf daher keiner weitern Rechtfertigung, daß, wenn man von den übrigen in der Klage angegebenen Gründen, aus denen die Beklagten, als Erbeserben des H., verpflichtet sein sollen, abzusehen hat, der Theil derselben, worin Kläger zu zeigen versucht hat, daß die von K. ausgehändigte Urkunde von solcher Beschaffenheit gewesen sei, daß, bei nur gewöhnlicher Sorgfalt, H. als Rechtsgelehrter solche sofort als falsch hätte erkennen müssen, für sich allein ein genügendes Fundament abzugeben nicht vermag.

Die Klage wurde daher allenthalben in dem angebrachten Maaße unstatthaft erkannt.

Digitized by Google

Interessant ist hierbei noch, was die Gründe der zweiten Instanz unter andern über den falschen Rath erwähnen. — Ein bloßer Rath — consilium — sagen sie, hat in der Regel keinen obligatorischen Charakter — §. 6. J. de mandato (3. 17. l. 2. §. 6. D. eod. (12. 1. l. 47. p. D. de reg. iur. (50. 17.). Allein andere Rechtsprincipien sind darauf anzuwenden, wenn Jemand entweder in seiner amtlichen Stellung zu Abgabe eines von ihm verlangten Gutachtens oder Raths verbunden war, oder er wenigstens in seiner Eigenschaft als Kunst- oder Sachverständiger um Rath gefragt wurde, und sich der Ertheilung dieses Raths unterzog. Unter solchen Umständen wird allerdings ein besonderes, dem eigentlichen Mandate in seinen rechtlichen Folgen gleichstehendes obligatorisches Verhältniß zwischen dem Anfragenden und dem Rathsgeber begründet, welches den Letzteren zur Anwendung obligationsmäßiger diligentia verpflichtet. Denn die Ertheilung des Raths gehört zu dem Geschäftsbereiche des Rathgebenden, und so gut, wie er andern, ihm, vermöge seines Amtes oder seiner Kunst, oder seiner Wissenschaft, übertragenen Geschäften, für jedes culpa, die er begeht, verantwortlich wird; ebenso kann er auch bei einem solchergestalt ertheilten Rathe, oder einer gegebenen Versicherung in den Fall kommen, durch culpa verpflichtet zu werden. Die imperitia stehet hier der culpa gleich — l. 132. D. de reg. iur. (53. 17.), weil derjenige, der sich an ihn, als amtlich oder sachverständigen Rathgeber wendete, voraussetzen konnte und mußte, daß der Andere die erforderlichen Kenntnisse habe und zur Anwendung bringen werde.

Leyser, Medit. ad. Pand. sp. 184. med. 3.

Berger, Oec. iur. tit. III. lit. 5. th. 34. Not. 1.

Glück, Erläuter. der Pand. Bd. 15. §. 960. S. 369.

Curtius, Handb. Ausg. Hänel Th. 4. §. 1508. Not. d.

Neustatel, im Archive für civilist. Praxis, Bd. 2. N. IV. S. 40.

Gesterding, alte u. neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, No. VI. S. 199.

Vangerow, Leitfaden für Pandecten, Vorlesungen Th. 3. §. 659. S. 470. —

39.

Bestallung von Weggerechtigkeiten bei Dismembrationen.

Erk. vom 16. Febr. 1848, in S. Herdels Erben. ./. Höhne.

Der Rechtssatz, daß Niemand auf seinen eigenen Grundstücken eine Servitut ausüben kann, ist unzweifelhaft. Wenn daher dem Beklagten und den übrigen Besitzern von Trennstücken des ehemaligen G. Gutes in ihren Käufen der Weg zu ihren Parzellen zugesichert worden ist, „insoweit als das ehemalige G. Gut berechtigt war"; so können diese Worte nicht eigentlich von einer Servitut verstanden werden, welche das G. Gut auf seinen eigenen Grund und Boden auszuüben hatte. Da jedoch jene Worte in den Parzellenkäufen nicht ganz müßig stehen können, und nach der Regel: verba ita sunt interpretanda, ut aliquid operentur," auszulegen sind; so können sie nur den Sinn haben, daß die Käufer den Weg zu ihren Parzellen überall da haben sollen, wo das Hauptgut einen Weg gehabt hat, und die Besitzer derselben fahren durften, gleichviel, ob mit dem Rechte des Eigenthümers, oder vermöge besondern Befugnisses. Dies setzt also blos einen Gutsweg voraus, welcher zur Zeit der Dismembration bestand. — So wenig man aber gegen sein eigenes Grundstück, so lange man dessen Eigenthümer ist, eine Servitut erwerben kann, eben so wenig kann Jemand fremden Grundstücken einseitig ein dergleichen Befugniß auflegen oder erwerben, nach der Rechtsregel: „alienis aedibus nec imponi, nec acquiri servitus potest." Wohl aber kann dies geschehen, wenn Jemand bei Veräußerung seines Grundstückes sich für ein anderes, welches er behält, eine Servitut auf Jenem auszuüben vorbehält, oder umgekehrt, wenn er auf dem ihm verbleibenden Grundstücke, ein Servitut zu Gunsten des andern, welches er verkaufte, einräumte. Nur ist in beiden Fällen nothwendig, daß das dienende Grundstück zur Zeit der Errichtung der Servitut noch im Besitze dessen sich befunden, welcher es damit beschwert. l. 6. pr. D. communia praediot. (8. 4.) Siquis duas aedes habet, et alteras tradat, potest legem traditione dicere, ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur, vel contra, ut traditae

Digitized by Google

retentis aedibus serviant. Idem sit in praediis rusticis, nam e si quis duos fundos habeat, alium alii servum facere potest tradendo. Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servos, quia neque acquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest." Der letzte Satz: „duas autem aedes" ꝛc. beweiset zugleich, daß es nicht genug ist, wenn beide fundi gleichzeitig übergeben werden, und es rechtfertigt sich dies aus dem oben Angeführten von selbst. Zwar scheint die l. 8. D. eod. das Gegentheil zu enthalten, und es wird dies von mehrern Rechtslehrern für eine unauflösliche Antonomie erklärt. Auch scheinen die Versuche, beide Pandectenstellen zu vereinigen, wie z. B.

Glossa ad l. 8. D. eod.

Ludovici Vatalis variar. lection Lib. II. cap. 4. (in Ottonis thesaur., iur. Vol. II. pag. 66.),

auf einer zu künstlichen Unterscheidung zu beruhen. Es ist aber der Meinung der l. 6. de eod. der Vorzug zu geben, nicht sowohl darum, weil ihr Verfasser, Ulpian, später gelebt hat, als Pomponius, von welchem die l. 8. D. herrührt, sondern weil ihr Inhalt klarer, deutlicher und der Rechtsanalogie angemessener ist.

Glück, Pandect. Erläut. Th. 1. §. 80. S. 422.

Westphal, de libertate et servitutibus praedior. §. 824. pag. 561. sq

40.

Verpflichtung des Klägers, hinsichtlich der Production von Urkunden.

Erk. vom 7. März 1848, in S. Dobers ⁄. Flade.

Der Kläger im Executivprozesse genügt seiner Verpflichtung zur Production der Urkunden nicht schon dadurch, daß er diese letzteren in der Urschrift im Gütetermine dem Prozeßrichter übergiebt, sondern er muß auch dafür sorgen, daß den Beklagten dieselben vorgelegt werden. Bewerkstelligt dies der Kläger nicht selbst, weil z. B. der Beklagte bis 5 Uhr Nachmittags vor Gericht

Digitized by Google

nicht erschienen; so muß er die zu producirende Urkunde wenigstens im Gericht zurücklassen, und den Richter ersuchen, daß dieser die Vorlegung derselben an den Beklagten bewirke. Nur wenn dies geschehen, der prozeßleitende Richter aber, dem Gesuche zu entsprechen, unterlassen haben sollte, könnte von einer Verschuldung des Letztern die Rede sein, wiewohl auch dies auf die Partheirechte des Beklagten ohne Einfluß bleiben würde, und nur, nach Befinden, zu Ansprüchen des Beklagten gegen den Richter einen Anlaß bieten könnte.

41.

Kauf auf und nach Probe.

Erk. vom 28. Juni 1848, in S. Krause ℅. Klaner.

Kauf auf Ansicht ist dann vorhanden, wenn das Geschlossensein des Handels — die perfectio emtionis venditionis — erst von einer Prüfung und Billigung der Waare durch den Käufer abhängig gemacht wird — emtio-ventitio ad gustum — l. 34. §, 5. D. de contract. vent. (18. 1.), l. 4. §. 1. D. de periculo et commodo rei vendit. (13. 6.) Puchta, Pandecten §. 36. — Dies Geschäft wird auch Handel „auf Probe" genannt — Heyse und Cropp Abhandlungen Th. 1. S. 218 flg. — (nach französischem Rechte sehr entsprechend vente à l'essai) und es ist ganz unterschieden von dem Handel „nach Probe" (von französischen Schriftstellern durch den Beisatz: „pareille à l'echantillon" bezeichnet), worin die stillschweigende Uebereinkunft der Partheien enthalten ist, daß die Probe die maßgebende Grundlage des Geschäfts sein soll — Heise und Cropp a. a. O. S. 200.

42.

Alimente von geschiedenen Eheweibern für ihre ehelichen Kinder gefordert.

Erk. vom 18. Octbr. 1848, in S. Erlerin ℅. Erler.

Wenn nach erfolgter Ehescheidung in Frage kommt, wel-

Digitized by Google

chem Ehegatten die Erziehung der in der Ehe erzeugten Kinder anzuvertrauen sei, so gebührt die diesfallsige Entscheidung dem Richter, der solche darnach, bei welchem der Ehegatten für die Kinder die beste Erziehung zu hoffen sei, zu bemessen hat — l. un. C. div. fact. apud quem liberi (4. 24.)

Bauer, Responsa. Vol. I. resp. 37. pag. 155, 3.

v. Weber, systematische Darstellung des Kirchenrechts, Bd. 2. Abth. 3. S. 1313.

Curtius, Handbuch Bd. 1. §. 143. S. 201. Ausg. 4.

Hieraus folgt aber noch nicht, daß, wenn eine Mutter ohne eine solche richterliche Entscheidung abzuwarten, die Kinder an sich genommen, und über das erfüllte sechste Altersjahr hinaus — bis zu welchem ihr solche in der Regel stets überlassen zu werden pflegen — bei sich behalten und erzogen hat, deren Anspruch auf Vergütung des Erziehungsaufwandes an den Vater ein unbedingt unzulässiger sei. Unternahm nämlich die Mutter in der diesfalls angestellten Klage anzuführen und später nachzuweisen, daß die Erziehung der Kinder von ihr unter Umständen unternommen worden sei, unter denen auch das Gericht kein Bedenken hätte tragen können, solche ihr vorzugsweise zuzuweisen; so ist der von ihr gegen den Vater der Kinder erhobene Anspruch auf Vergütung des nothwendigen Erziehungsaufwandes um so zweifelloser für begründet anzusehen, ie mehr aus einem solchen Anführen zugleich erhellet, daß die Mutter nicht blos aus natürlicher Zuneigung, sondern in Folge äußerer Veranlassungsgründe der Fürsorge für ihre Kinder sich unterzogen — Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle. Jahrg. 1847. Nr. 71. S. 232. — Ein solches, zur Begründung der Klage genügendes Anführen ist z. B., daß die zwischen den Partheien bestehende Ehe, wegen eines Ehebruchs des Ehemannes, geschieden worden sei, daß Letzterer später die Ehebrecherin geheirathet habe und daß die Ehefrau die Ausbildung ihrer Kinder solchen Eltern, wegen der Befürchtung einer schlechten, die Sittlichkeit untergrabenden Erziehung, nicht anvertrauen möge. Da die Erziehung eines Kindes eine zu wichtige Sache und der Schaden, bei schlechter Erziehung, ein zu nachhaltiger ist, um unter Umständen die Frage, ob die Ausbildung der Kinder nicht etwa

Digitized by Google

dennoch dem Vater und deſſen zweiter Ehefrau überlaſſen werden könne, zum Gegenſtande von Verſuchen zu machen.

43.

Schädenklagen bei Wechſeln, deren Förmlichkeiten nicht in der Ordnung ſind.

Erk. vom 4. Octbr. 1848, in S. des Schmuckſchen Creditweſen.

Die Klägerin ſuchte ex iure cesso ihres Ehemannes ihren Regreß bei dem gedachten Creditweſen aus verſchiedenen Wechſeln. Die Wechſel waren für verjährt anzuſehen. In zweiter Inſtanz war noch eine actio doli oder in factum zugelaſſen, weil mit den Wechſeln durch die Fälſchung des Accepts ein Betrug vorgefallen ſein ſollte. Dem pflichtete das Oberappellationsgericht bei. Denn wenn ſchon nach römiſchem Rechte der Betrug keiner Begünſtigung ſich zu erfreuen hat, und Niemand durch betrügeriſche Handlungen Anderer Schaden erleiden darf — l. 1. pr. D. de dolo malo (4. 3.); ſo iſt dies nach deutſchem Rechte ebenſo der Fall, und es entſpricht dies ſogar dem Charakter des letztern inſofern noch mehr, als nach deutſchem Rechte alle Rechtsgeſchäfte mehr nach der Sache, als nach der Form zu beurtheilen ſind. Daher findet, wegen aller betrügeriſchen Handlungen, eine Actio in factum ſtatt. Die Meinung Ulpians in l. 1. §. 6. D. eod., daß die actio doli hinwegfalle, wenn der Betrogene durch eine andere Klage, welche aber verjährt ſei, ſeinem Schaden hätte beikommen können, hat ihren Grund in der infamirenden Wirkung und der ſubſidiariſchen Natur der eigentlichen actio doli, und findet daher heut zu Tage auf die actio in factum nicht mehr Anwendung. Daher hat auch der Gerichtsbrauch die Meinung angenommen, daß aus einem, wegen Vernachläſſigung der vorgeſchriebenen Förmlichkeiten, präjudicirten Wechſel zwar der Regreß nach Wechſelrecht nicht mehr genommen, wohl aber noch eine Schädenklage angeſtellt werden könne, gegen denjenigen, welcher durch eine hinterliſtige Handlung bewirkt habe, daß keine Zahlung erfolge.

Digitized by Google

Gottschalk, Disc. for. Tom. III. cap. 29. pag. 391. 396. ed. 2.

Der Grund ist, weil der dolus mit der culpa nicht compensirt werden kann, und stet einen besondern Klaggrund bildet. Und dieser findet auch statt, wenn der Anspruch des strengen Rechts aus dem Wechsel durch Verjährung erloschen ist.

44.

Verwendung der Zinsen von Erstehungsgeldern.

Verordn. vom 2. Novbr. 1848, in S. Morgenstern ℳ. Buttor.

Die bisweilen auftauchende Meinung, daß die Zinsen von Erstehungsgeldern eines verpfändeten Grundstücks zuvörderst zu Berichtigung der fortlaufenden Zinsen der hypothekarischen Forderungen verwendet werden müßten, ehe etwas davon auf die Capitalien abgezahlt werde, hat keine rechtliche Grundlage. Vielmehr haben die Zinsen der hypothekarischen Forderungen, die rückständigen wie die fortlaufenden, gleiche Priorität mit dem Capitale selbst, und erst, wenn der ältere Gläubiger wegen Capital und aller Zinsen befriedigt ist, kann der jüngere Gläubiger zur Befriedigung gelangen. I. 18. D. qui potiores in pignore (20. 4.) „Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, asceptis pignoribus: eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit. Quaero, an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt ante, quam Maevius crederet, sed etiam eorum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne quod ei debetur potiorem esse". Nun hat zwar das Sächsische Recht dieses Vorzugsrecht der Zinsen im Concurse nur auf die seit den letzten drei Jahren vor erstandenem Concurse oder erhobener Klage rückständige Zinsen beschränkt. E. P. O. Tit. 41. §. 6.

Reinhard, Ordnung der Gläubiger. Dresden 1826. §. 163. S. 202.,

Digitized by Google

und nach dem Gesetze, die Grund- und Hypothekenbücher betr. vom 6. November 1843. §. 69. findet diese Beschränkung auch außerhalb des Concurses statt, wenn das Grundstück zur Befriedigung aller darauf eingetragenen Gläubiger unzulänglich ist. Eben so wenig kann der Rechtssatz in der Bekanntmachung vom 6. Januar 1839. — Ges. Blt. Nr. 6. S. 15. — angewendet werden, da er blos damit sich beschäftigt, ob ein Gläubiger die ihm geschehenen Abschlagszahlungen zunächst auf seine Zinsen oder auf sein Capital abzurechen habe, das gegenseitige Verhältniß mehrerer Gläubiger unter sich aber gar nicht berührt.

Auch die Vergleichung der Zinsen der Erstehungsgelder mit den Früchten der verpfändeten Sache paßt nicht. Denn mit der Veräußerung des Pfandes ist eine Veränderung des ganzen Verhältnisses vorgegangen, und alle Gelder, welche zur Befriedigung der Gläubiger verfügbar werden, sind hierzu nach der bestehenden Rangfolge zu verwenden, so daß der spätere erst zur Perception kommt, wenn der ältere Gläubiger ganz befriedigt ist. I. 18. D. eod. „in omne, quod ei debeatur." Gesetz vom 6. Novbr. 1843. §. 96, „ohne alle andere Rücksicht, blos durch die Zeitfolge." Verordnung vom 15. Februar 1844. §. 29., „der Reihe nach." Ja selbst auf die Früchte der verpfändeten Sache hat der ältere Gläubiger ein besseres Recht, hinsichtlich seiner ganzen Forderung.

Gottschalk sel. disc. fol. Tom. III. cap. 18. ed. 2. pag. 291.

„Possunt itaque creditores, quorum nomina pignoris iure pollent, fructus . . . consilio prosequi, ut inde credita eorum secundum temporis ordinem exsolvantur". Wollen die Gläubiger eine Vereinbarung unter sich treffen, daß die nach und nach eingehenden Zinsen von den rückständigen Licitationsgeldern sämmtlicher Gläubiger auf die Zinsen zugetheilt werden sollen, so kann dies zwar vergleichsweise geschehen, allein eine rechtliche Nothwendigkeit, nach welcher die Entscheidung zu richten hätte, ist dazu nicht vorhanden.

Digitized by Google

45.

Dispositionsfähigkeit eines Hausſohnes.

Erk. vom 1. Novbr. 1848, in S. Berndt ./. Reinhardt.

Die Frage, ob eine unter väterlicher Gewalt ſtehende Perſon fähig ſei, ſich durch Verträge verbindlich zu machen? iſt von der Frage, ob ſie eigenes Vermögen beſitze? genau zu trennen, und eine iſt von der andern völlig unabhängig.

1) Die erſtere Frage iſt in dem Falle, wenn der filius familias oder die filia familias mündig iſt, unbedingt zu bejahen, und die väterliche Gewalt ſteht der Dispoſitionsfähigkeit an ſich keineswegs entgegen — l. 39. D. de obligat. et act. (44. 7.) „filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest.“ l. 57. D. de iudiciis (5. 1.) „Tam ex contractibus, quam ex delictis in filium familias competit actio.“ l. 141. §. 2. D. de verb. oblig. (45. 1.) „Pubes, qui in potestate est, perinde ac si paterfamilias obligari solet.“ l. 44. D. de peculio (15. 1.) „Si quis cum filio familias contraxit, duos habet debitores, filium familias in solidum et patrem duntaxal de peculio.“ Die Meinung, das Senatus consultum Macedoniaum enthalte keine Ausnahme von der Regel, ſondern habe nur eine der Regel zuwider eingeriſſene Praxis durch prägnante Beſtimmungen über die Ungültigkeit aufgenommener Darlehne abgeſchafft, iſt ungegründet. — l. 3. §. 14 D. de SCto. Maced. (3. 6.) „Is autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit.“

Vinnius, Comment. ad Inst. Lib. 4. tit. 7. §. 7.

„Filiusfamilias nec contractu suo ipse obligatur. Una tantum causa excipitur, nempe si pecuniam mutuam accepit.“ Daher kann ein Hausſohn gültigerweiſe ſogar eine Bürgſchaft übernehmen. l. 7. pr. D. eod. „Item si filiusfamilias fideiusserit, Neratius libro primo et secundo Responsorum cessare senatus consultum ait.“

Hiermit ſtimmt auch das Sächſiſche Recht überein, indem es in Deciſ. 14. vom Jahre 1746 den Kindern, ſo ihre Mün-

Digitized by Google

digkeit erlangt haben, gestattet, gültige Verträge, sogar mit ihren Vätern, abzuschließen, ohne daß dadurch die väterliche Gewalt aufgehoben wird, oder daß es einer besondern Emancipation für diese Handlung bedarf. Dadurch wurde das Hinderniß gesetzlich beseitiget, welches nach Römischem Rechte den Verträgen der Väter mit ihren dispositionsfähigen Kindern aus der Einheit der Personen entstand. — l. 2. D. de contrah. envt. (28. 1.)

Bauer, Erläuter. der neuesten Decis. zu Decis. 11. §. 5. 8.

Aus demselben Grunde ist eine Tochter, welche volljährig ist, auch für fähig zu achten, ihre Rechte vor Gericht allein zu vertreten. (personam standi in iudicio habet.)

Kori, Erörterungen 1. Bd. Nr. 14. S. 135 fg. 2. Ausg.

Die Vorschrift in dem Mandate, wegen der Studiosorum Wechselbriefe, vom 29. Decbr. 1718, und in dem Mandate wider das Aufborgen junger Leute, vom 21. April 1724, (Beil. zur E. P. O. Nr. 25. 26.) steht nicht entgegen, weil diese Gesetze ausnahmsweise nur von der Ausstellung von Wechselbriefen und Wechselverschreibungen handeln.

2) Geht man zu der andern Frage über, so kommen freilich die Fälle häufig vor, wo ein filiusfamilias kein eigenes selbstständiges Vermögen hat, folglich die Mittel entbehrt, um eine übernommene Zahlungsverbindlichkeit zu erfüllen. Dies macht aber die Zahlungsverbindlichkeit selbst nicht ungültig, sondern hat blos die Folge, daß der Gläubiger entweder a) den Vater belangen muß, wenn der Fall von der Art ist, daß eine actio de peculio, oder quod iussu, oder de in rem verso statt findet, oder daß er b) mit der Klage gegen den Sohn anstehen muß, bis dieser zu selbstständigem Vermögen gekommen, oder aus der väterlichen Gewalt entlassen ist, oder endlich c) daß er zwar den Sohn verklagen kann, iedoch auf die Vollstreckung der Entscheidung bis dahin warten muß, wo er Hilfsgegenstände angeben kann, welche zur freien Disposition des Sohnes stehen.

Auf diesen Grundsätzen beruht das ganze Edict des Prätors „quod cum eo, qui in alterius potestate erit, gestum esse dicitur", nach welchen ein Hausſohn, wegen seiner contractmäßigen Verbindlichkeiten, zwar bei Lebzeiten des Vaters auf das Ganze

Digitized by Google

belangt werden kann, iedoch ſpäter, wenn er nichts vom Vater erhält oder erbt („si emancipatus aut exhereditatus erit, aut abstinuit se hereditate") die Rechtswohlthat der Competenz genießt — l. 2. p. D., quod. cum eo, qui in ult. potest. (14. 5.) l. 5. p. D. eod. „Si filiusfamilias vivo patre conventus et condemnatus sit, in emancipatum vel exhereditatum postea indicadi actio in id, quod facere potest, danda est."

Hiermit ſtimmen auch die deutſchen Rechtslehrer überein:

Lauterbach, Coll. theor. pract. T. I. lib. 14. tit. 5, §. 1. „Filiusfamilias aeque ac paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo, tamquam cum patrefamilias potest, et durante et finita patria potestate et quidem in solidum, licet executio, quamdiu in potestate est, et nihil proprii habet, differatur." —

G. A. Struvii, Syntag. iur. civ. Exerc. XX. §. 97. „Cum hi (sc. filiifamilias) omnibus causis perinde atque patresfamilias obligentur, ac in solidum conveniri possint, licet executio, cum nihil habent in bonis quamdiu in potestate sunt, differatur."

Mühlenbruch, Pand. Vol II. §. 307. „Quod si condemnato filio tale non sit peculium, quod pleno iure ad eum pertineat, velut castrense et quasi castrense, rei iudicatae actio in id tempus differenta est, quo patria potestate liberatus erit filius."

Wenn

Höpfner, Comment. zu den Inſtitut. B. 2. Tit. 7. §. 1158. der Anſicht iſt, daß der Sohn, welcher gar kein peculium, oder nur ein advenditium regulare habe, nicht eher belangt werden könne, als bis er von der väterlichen Gewalt frei ſei, ſo wird er deshalb von

Glück, Comment. 14. Bd. §. 396. S. 285. flg. S. 267. Note 27.

widerlegt. Das rechtliche Verhältniß kann auch mit den Worten ausgedrückt werden: „der Filiusfamilias iſt in ſeiner Rechtsfähigkeit dadurch, und **blos** dadurch beſchränkt, daß er regelmäßig kein Vermögen, nach neueſtem Rechte wenigſtens kein ſelbſtſtändiges Vermögen, hat." —

Puchta, Lehrb. der Pandect. §. 102. 1. Ausg.

Digitized by Google

Dieſer Rechtsanſicht ſteht auch nicht entgegen, daß nach der l. ult. §. 3. C. de bonis, quae liberis (6. 51), in Hinſicht des peculii adventitii regularis, der Vater, anſtatt des Sohnes, er möge nun Kläger oder Beklagter ſein, vor Gericht handeln ſoll. Daraus kann die Nothwendigkeit, nicht den mündigen Sohn, ſondern den Vater zu belangen, im Allgemeinen nicht gefolgert werden. Denn dieſe Vorſchrift bezieht ſich nicht auf gewöhnliche Schulden und deren Beitreibung, ſondern auf Prozeſſe, welche Gegenſtände dieſes Peculiums beſonders betreffen, namentlich auf dingliche Klagen,

Noodt, Comment. ad. Pand. lib. V. tit. 1. Opp. T. II. pag. 153.

Kori, a. a. O.

und auf Fälle, wo von einer Erwerbung dieſes Sonderguts die Rede iſt.

Marezoll in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 8. S. 382. fg.

Da übrigens auf Anerkennung einer ſtreitigen Forderung ſchon vor dem Eintritte des Zahlungstermins geklagt werden kann;

Kori, a. a. O. Th. 3. No. 3. S. 52.

ſo muß dies auch dem Gläubiger eines Filiusfamilias freiſtehen, zu dem Zwecke, um die durch rechtskräftiges Urthel feſtgeſtellte Schuld künftig aus dem Vermögen ſeines Schuldners einbringen zu laſſen.

46.

Rechtliche Folge des Außenbleibens im Pro- oder Reproductionstermine.

Erk. vom 31. Mai 1848, in S. Adam ℳ. Bubonicz.

Die nachtheilige Folge des Außenbleibens in dem Reproductionstermine beſteht nicht in dem Verſäumniſſe des Gegenbeweiſes überhaupt, ſondern nur in dem Verluſte der benannten Gegenbeweismittel, inſofern dieſer Verluſt in der ergangenen Ladung auch wirklich angedroht worden iſt. Eine Verwarnung: in

Digitized by Google

dem Termine den angetretenen Beweis oder Gegenbeweis bei dessen Verlust fortzustellen, ist weder im gemeinen, noch in Sächsischen Rechten begründet. Das Versäumniß am Beweise selbst trifft vielmehr nur die unterbliebene Antretung des Beweises innerhalb der hierzu gestatteten Frist. Dagegen hat der Productions- oder Reproductions-Termin einen andern Zweck, nämlich die Fortstellung des bereits angetretenen Beweises oder Gegenbeweises durch gehörigen Gebrauch der einzelnen Beweismittel. Nur darüber herrschte in älterem Sächsischen Rechte Ungewißheit, ob es der ausdrücklichen Erwähnung des diesfallsigen Rechtsnachtheils in der betreffenden Ladung bedürfe.

Kind, Quaest. for. ed. 2. T. III. c. 64.

Berger, Oec. iur. lib. IV. tit. 24. th. 15.

Allein nach neuerem sächsischen Rechte gilt überhaupt der Grundsatz, daß alle Citationen, wenn sie einen Rechtsnachtheil zu Folge haben sollen, auch die Androhung desselben ausdrücklich enthalten müssen, und dies wird insbesondere auf die Vorladung des Pro- und Reproducenten angewendet.

Kind, l. c.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. U. F. Bd. 1. Präjud. 33. S. 441.

Das Präjudiz soll, nach der E. P. O. Tit. 20. §. 7., darin bestehen, daß Producent (Reproducent) an den Zeugen und Urkunden, die ihm zu produciren, obgelegen, ingleichen an den Artikeln, darüber er den Eid deferiret, sich versäumt habe. So viel nun diese Artikel insbesondere betrifft; so bedarf es zwar noch der E. P. O. a. a. O. „ungeachtet der Producent die Artikel mit der Eidesdelation nicht wiederholt" hinsichtlich ihrer keiner besonderen Wiederholung im Termine, sondern es wird das Beharren bei demselben und bei dem gebrauchten Eidesantrage schon aus dem Erscheinen selbst gesetzlich gefolgert; „wenn er sonst nur in termino sich meldete."

Digitized by Google

47.

Die Wirkung einer Rechtserwerbung durch langjährigen Gebrauch.

Erk. vom 5. Aug. 1848, in S. Lohse ./. Büttner.

Der Besitzer eines Grundstücks, welcher es während der Verjährungszeit mehrern Nachbarn, oder einer Classe der Dorfbewohner, oder allen Bewohnern im Orte, oder in gewissen Nachbarorten gestattet hat, einen ihm zugehörigen Weg zu benutzen, hat dadurch eine Servitut auf seinem Wege eingeräumt. Insonderheit tritt dies oft ein bei sogenannten Mühlwegen, Leichenwegen, Kirch- und Schulsteigen, Wegen zu einem Bache oder Brunnen, und ehemals bei dem Hofedienst und Frohnwegen. Diejenigen, welche den Weg benutzen, in der Meinung, daß es ein Privatweg, kein öffentlicher (im eigentlichen Sinne) sei, üben ein ius in re aliena aus, und zwar in dem guten Glauben, ein ihnen zustehendes Recht auszuüben (iure suo, servitute quasi debita, uti credunt), ebenso wenn sie der Meinung sind, daß auch andern ein gleiches Recht zustehe, wie dann, wenn sie sich für allein berechtigt halten. Ein solches Recht kann von dem Einzelnen, welcher daran ein Interesse hat, ebensowohl als von Mehrern, oder von Allen gemeinschaftlich klagbar gemacht werden. Aehnliches findet bei andern Berechtigungen statt, welche Mehre, oder die Mitglieder einer Gemeinde, Classe, oder alle Mitglieder der Gemeinde auf einem Privatgrundstücke ausüben, z. B. bei den Befugnissen des Treibens, Hütens, Leseholzholens; und es greifen dann zugleich die Principien über das Herkommen ein, welches in Sachsen ebenfalls zu den Privatrechtstiteln gehört.

Nach den Acten der angezogenen Rechtssache befindet sich die fragliche Gasse im Privateigenthum der Klägerin; ihr gehört der Gutsrain, an welchem sich der bis zum Querwege führende Feldweg hinzieht, und das am Eingange der Gasse angebrachte Thor. Ist also der Beklagte durch die Gasse und weiter über das Grundstück der Klägerin nach dem Querwege zu gefahren; so hat er Quasi „Besitzhandlungen in re aliena ausgeübt, und zwar in der Meinung, daß er den Weg nicht pro

Digitized by Google

via publica oder alterius servitute — l. 25. D. (8. 6.) benutze, sondern ein ihm zustehendes Recht auf einem fremden Privatgrundstücke gebrauche.

Die nur allegirte Gesetzstelle in einem extensiveren, und die Wirkung des langjährigen factischen Besitzstandes (des historischen Rechts) mehr beschränkenden Sinne anzuwenden, mußte schon, nachdem die Lehre von dem Servituten-Erwerbe durch die die Verjährung hauptsächlich begründenden Gesetze — l. 10. pr. D. si serv. vind. (8. 5.) „per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse ostendat"; l. 1. §. 23. D. de aqua et aq. pluv. arc. (39. 3.) „sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam habuisse larga consuetudine velut iure impositum servitutem videatur", — l. 1. C. de serv. (34. 3.) „is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere, sciet" — bedenklich erscheinen.

Hieran hat die Sächsische Gesetzgebung nichts geändert, vielmehr erkennt sie in Decis. 3. u. 4. vom Jahre 1746. ausdrücklich an, daß aller Art Befugnisse auf fremdem Grund und Boden durch langjährigen Gebrauch (31. J. 6. W. 3. T.) erlangt werden, und sie gehet davon aus — Const. 9. Th. 2. vom J. 1572. — daß die Verjährung, welche bezwecke, daß der Güter eigenthümliche Gerechtigkeit nicht ewig ungewiß bleibe, und des Zankes und Haders ein Ende werde, nicht zu den Instituten gehöre, welche in der Anwendung möglichst beschränkt werden müßten.

Eben deshalb hat auch das vormalige Appellationsgericht, sowie das Oberappellationsgericht in ähnlichen Fällen, wo es sich um Wege auf fremden Privatgrundstücken handelte, welche von Mehreren, ja von ganzen Gemeinden benutzt werden, z. B. am 9. November 1833. Philipp ℳ. Hempel, am 12. December 1843. Gülden ℳ. Winkler, am 3. April 1844. Gemeinde zu Buchenwalte ℳ. Graf Schall-Riaucour, am 8. Juni 1846. Nikolai ℳ. Fischer, am 2. März 1847. von Kospoth ℳ. Metzner, am 23. Mai 1848. Wuster und Gen. ℳ. Laukert und Gen., am 26. Juli 1848. Gemeinde zu Stürza ℳ. Born und Gen., die l. 25. D. (8. 6.) nicht, sondern solche nur dafür an-

Digitized by Google

wendbar gehalten, wo es unzweifelhaft feststand, daß die Benutzung des Weges blos in der Meinung stattgefunden hatte, der Weg sei ein öffentlicher, eine via publica im eigentlichen Sinne — Urthel vom 16. März 1848. v. Schönberg ./. Hübner, von desselben Mon. Oehmichen ./. Bauch.

48.

Verkauf einer verpfändeten Sache.

Erk. im Januar 1848, in S. Schubertin ./. Fuchs.

Der Faustpfandgläubiger, welcher nach eingetretener Fälligkeit der Forderung, für welche der Schuldner ihm gewisse Sachen als Pfand übergeben hat, zum Verkaufe des Pfandes schreiten will, hat, nach Vorschrift der Gesetze, im Falle, wegen Veräußerung des Pfandes, keine besondern Vertragsbestimmungen getroffen worden sind, den bevorstehenden Verkauf vorher dem Schuldner anzuzeigen, unter Festsetzung einer gewissen Frist, nach deren Ablauf er, wenn das Pfand nicht eingelöst worden, den Verkauf erst vornehmen darf. Unterläßt er diese Anzeige, welche zu den Solemnitäten des ihm zustehenden Verkaufs gehört; so ist der Verkauf nichtig, und er kann sich mit der Behauptung, daß solcher bereits stattgefunden habe, nicht gegen die Ansprüche des Schuldners auf Rückgabe des Pfandes gegen Bezahlung seiner Forderung schützen. — l. 4. D. de pignor. act. (13. 7) l. 4. 9. C. de dist. pign. (8. 38.) l. 3. §. 1. C. de iure dominic impetr. (8. 34.) Manche Rechtslehrer, wie

Gersterding, Lehre vom Pfandrechte §. 26. S. 181. folg. wollen zwar schon die bloße Mahnung des Schuldners an Bezahlung der Forderung, oder, was dem gleich stehet, an Einlösung des Pfandes, Seiten des Gläubigers, für ausreichend halten. Allein dieser Meinung stehen die Worte der hier einschlagenden Gesetze, welche von einer denunciatio, von einem notum facere debitori, d. i. also von einer Anzeige des Gläubigers, daß er etwas thun werde, nicht von einer Mahnung, daß der Schuldner etwas thun solle, sprechen, eben so sehr entgegen, als der vorauszusetzende Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung damit im Wi-

Digitized by Google

derſpruch ſtehen würde, welcher offenbar dahin gehet, grade von dem Zeitpunkte des Verkaufs des Pfands, als der ihm präjudicirlichen Handlung, und der beſtimmten Abſicht des Gläubigers, das Pfand, bei länger unterbleibender Zahlung, zu veräußern, welche aus der bloßen Mahnung noch nicht hervorgeht, dem Schuldner zuverläſſige Nachricht zukommen zu laſſen, damit er allen hierbei zu erwartenden Nachtheilen, ſoweit möglich, vorbeugen könne. Daher nehmen auch die bewährteſten Rechtslehrer

Berger, Oec. iur. lib. II. tit. 5. th. 11. pag. 389. ed. Winkler.

Leyser, sp. 232. med. 1.

Glück, Erläuter. der Pandect. Bd. 19. §. 1098. S. 386. flg. S. 389.

Sintenis, Pfandrecht, §. 54. S. 509. Untr. 5.

Curtius, Handbuch des S. Civ. Rechts §. 1089.

ſowohl nach gemeinem, als nach Sächſiſchem Rechte (welches letztere überhaupt von dem Römiſchen Rechte in dieſer Lehre nur inſofern abweicht, als die Beobachtung der in l. 3. C. de iure domin. impetr. vorgeſchriebenen zweijährigen Friſt nicht weiter für nöthig erachtet wird,

Haubold Lehrbuch des S. Privatr. §. 214.)

das Gegentheil von der Geſterdingſchen Meinung an, und betrachten die ausdrückliche Anzeige des bevorſtehenden Verkaufs, nicht die bloße Mahnung als weſentliches Erforderniß zur Gültigkeit der von dem Fauſtpfandgläubiger vorzunehmenden Veräußerung.

49.

Einiges über die Beitragspflichtigkeit der auf Ritterguts Grund und Boden gebauten Häuſer zu Ritterpferdsgelder und zu den an deren Stelle getretenen Abgaben.

Erk. vom 27. Febr. 1848, in S. Löwe und Gen. ℳ. v. Burgk.

Das Geſetz, die Einführung des neuen Grundſteuer-Syſtems betr. vom 9. September 1843. beſtimmt zwar §. 6., in

Consequenz mit dem demselben zu Grunde liegenden Principe, wonach die neue Grundsteuer die einzige öffentliche Staatsabgabe von Grund und Boden sein soll, daß die bisherigen §. 6. unter a. und b. gedachten Grund-Abgaben aufhören und daher auch die auf die einzelnen Grundstücke reparirten Beiträge dazu in Wegfall gelangen, gleichviel ob sie unmittelbar oder auch nur mittelbar in die Staatscasse flossen.

Allein die Absicht ging nicht dahin, daß durch diese bloß die auf dnm öffentlichen Rechte beruhende Verpflichtung im Auge habende Bestimmung, privatrechtliche Leistungen in Frage gestellt werden sollten; und es wurde daher §. 7. ausdrücklich bemerkt, daß der Wegfall der §. 6. unter a. und b. namentlich aufgeführten bisherigen Staatsabgaben vom Grundeigenthum — wozu auch die Donativ- und Ritterpferdsgelder gerechnet werden — auf das Bestehen solcher Realleistungen, welche auf Privatrechtstiteln beruhen, und wenn sie schon nach dem Fuße einer Staatsabgabe an Communnen oder Private zu entrichten gewesen, doch nicht die Bestimmung gehabt haben, in der Eigenschaft jener Abgaben an die Staatscasse zu gelangen, keinen Einfluß haben soll. Namentlich aber wurde, hinsichtlich derienigen Abentrichtungen, welche, bei Abtrennungen von steuerfreien Gütern auf die Trennstücke gelegt werden, ausgesprochen, daß dieselben in dem Falle, wenn dem Hauptgute, bei der Ausmittelung der Entschädigung für Aufhebung der Steuerbefreiung des demselben nach der zeitherigen Abgabenverfassung, aufliegende Donativ und der Beitrag zu den neuen und erhöhten Staatsbedürfnissen — Landtagsmittheilungen vom 30. October 1834. unter 4. — ungekürzt, d. h. nach dem vollen Betrage und ohne Rücksicht auf die von den Trennstücken zeither in das Hauptgut gezahlten Abgabenbeiträge und mit Einschluß derselben, in Zurechnung und an dem Quantum der Steuerentschädigung in Abzug gebracht werden, an das Hauptgut fortzuentrichten seien, insofern nicht etwa vertragsmäßige Bestimmungen oder rechtskräftige Entscheidungen entgegenständen. Man hat hierbei offenbar die vollständig erfolgte Compensation der auf dem Hanptgute haftenden Donativbeiträge auf die dem Hauptgutsbesitzer, wegen der nunmehr eintretenden Besteuerung, nach dem Gesetze vom 8. Novbr. 1838.

Digitized by Google

zu gewährende Entschädigung als das präsumtive Criterium dafür angenommen, daß die von den Trennstücken in das Hauptgut zu entrichtenden Leistungen solche seien, welche nicht zur — wenn auch nur mittelbaren — Entrichtung an eine öffentliche Casse bestimmt gewesen, sondern in die Privatcasse des Hauptgutsbesitzers geflossen, und daher den Character privatrechtlicher Prästationen hätten.

Hierzu war auch ausreichender Grund vorhanden, indem daraus, daß der Staat, wegen seiner, auf den gesammten Hauptguts-Complex, ohne Rücksicht auf eine davon etwa vorgenommene Parzellenabtrennung, haftenden Forderung an Donativbeiträgen, durch den Hauptgutsbesitzer vollständig sich abfinden zu lassen, bereit gewesen und abgefunden worden, allerdings zu folgen stehet, daß die etwa noch auf den Parzellen ruhenden, bei der Abtrennung auf dieselben gelegten Beiträge mit der Staatsabgabe nichts gemein haben, zumal wenn bei der Reparatition auf die Trennstücke der Staat durch seine Behörden gar nicht concurriret hat. Anderseits könnten durch die fraglichen Bestimmungen des Gesetzes auch die Trennstücksbesitzer mit Grund sich keineswegs beschwert erachten.

Denn, wenn dem zu den Beiträgen Berechtigten bei der Steuerentschädigung der ganze Betrag der Abgabe, mithin auch das was er an Beiträgen von den Parzellenbesitzern zu empfangen gehabt, in Gegenrechnung gebracht und gekürzt worden; so hat derselbe dadurch keineswegs einen Vortheil, daß ihm die Beiträge von den Parzellenbesitzern fortentrichtet werden; vielmehr sind diese Beiträge, theilweise wenigstens, nur das Aequivalent für die bei der Steuerentschädigung ihm gekürzte Summe; wohl aber würden letztere, wenn sie von dieser Fortentrichtung befreit würden, sich zum Nachtheil des Berechtigten bereichern, weil sie wegen Uebernahme von Steuern auf ihre, von einem steuerfreien Hauptgute abgekommenen und mithin selbst steuerfreien Parzellen, die Entschädigung ohne Gegenrechnung des Capitalwerthes der ins Hauptgut zu leistenden, bei diesem schon voll in Kürzung gekommenen Abentrichtungen erhalten haben, oder gesetzlich wenigstens würden erhalten haben können, wenn sie ihre Rechte gehörig wahrgenommen hätten, da, nach §. 2. unter c. des Ge-

Digitized by Google

setzes vom 8. November 1838., die Besitzer der von Rittergutsboden abgetrennten Grundstücke und darauf erbauten Häuser, wegen der Zuziehung zu der Grundsteuer-Ermittelung, Entschädigung zu fordern für berechtigt allerdings erklärt werden.

In dem vorliegenden Rechtsfalle hatte der Beklagte exceptivisch behauptet, daß die Häuser der Kläger auf Grund und Boden seines Ritterguts eingebauet seien, daß, nach einem vorhandenen Erbregister, die Besitzer solcher neu aufgebauten Häuser verbunden seien, zu ieder auf die Ritterpferde gemachten Anlage einen Beitrag zu leisten, daß die Kläger und ihre Vorbesitzer diese Abentrichtung auch bis in die neueste Zeit geleistet hätten, nach der durch das Gesetz vom 9. September 1843. erfolgten Einführung des neuen Grundsteuersystems aber der Rittergutspferdsgelderbeitrag seines Ritterguts ermittelt und bei Ausrechnung der Steuerentschädigung sothaner Betrag an Donativ- und ritterschaftlichen Beiträgen in Zurechnung gebracht worden sei. Der letztere Umstand enthält die Beziehung auf die Voraussetzung, unter welcher §. 7. des gedachten Gesetzes die privatrechtliche Qualität der fraglichen Abentrichtung in das Hauptgut angenommen, und daher deren Fortentrichtung angeordnet worden, wie denn auch das Anführen der vertragsmäßigen Begründung der betreffenden Leistung in dem Erbregister darauf hinweiset, daß sie nicht füglich von einer, auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Verpflichtung zu einem Abgaben-Beitrage die Rede sein kann; und in dem Anführen, daß die Häuser der Kläger auf Grund und Bodens des Ritterguts eingebaut seien, verbunden mit dem, was über den Inhalt des Erbregister bemerkt worden, liegt eine hinreichende deutliche Andeutung, daß die Besitzungen der Kläger Trennstücke eines steuerfreien Hauptguts seien, und die in Anspruch genommene Leistung, in Folge der Abtrennungen, onus der Trennstücke geworden. Denn für die Steuerfreiheit der Rittergüter, zumal wenn von ihnen Ritterpferdsgelder — Donativ — entrichtet werden, stritt, nach der frühern Verfassung, die Präsumtion — Gesetz vom 8. November 1838. §. 1., 2. unter b.

Haubold Sächsisches Privatrecht §. 391. flg.

und daß von der Beitragsleistung zu den das Rittergut treffen-

Digitized by Google

den Anlagen auf Ritterpferde, Seiten der auf deſſen Areal ausgebauten Häusler, nur unter der Vorausſetzung die Rede ſein konnte, daß ihnen eben Ritterguts Grund und Boden überlaſſen, mithin eine Abtretung erfolgt war, liegt nach dem, was über den Inhalt des Erbregiſters angeführt worden, auf der Hand.

Anzunehmen, wie die Kläger replicirten, daß mit dem verfaſſungsmäßigen Wegfalle der Ritterpferdsgelder überhaupt auch die ſtipulirten Beiträge dazu ceſſiren müßten, iſt petitio principii, und hängt dies eben von Beantwortung der Vorfrage, ob jene Beiträge als privatrechtliche oder öffentliche Leiſtungen zu betrachten, ab.

Aus dieſen und andern Gründen erkannte das Oberappellationsgericht auf Beweis des von dem Beklagten behaupteten Befugniſſes eines Beitrags, Seiten der eingebaueten Häusler.

50.

Die acceſſoriſche Adhäſion.

Erk. vom Februar 1848, in S. Irutzſch ./. Aehlich.

Nach dem ältern römiſchen Rechte gab es weder eine acceſſoriſche Adhäſion, noch beſtand nach denſelben eine Gemeinſchaftlichkeit der Rechtsmittel, vielmehr wurde das Erkenntniß gegen denjenigen, welcher kein eigenes ſelbſtſtändiges Rechtsmittel rechtzeitig angewendet hatte, unbedingt rechtskräftig, und es hatte der Oberrichter auf die Appellation lediglich zu entſcheiden, ob die Beſchwerde begründet — iusta — und daher in dieſem Sinne das vorige Urthel abzuändern oder ob dieſe ungegründet — iniusta — und daher zu reformiren ſei. — Nach einer bereits durch die Const. 10. C. quando provocare non est necesse eingeführten Modification änderte Juſtinian dieſes Recht vollſtändig ab, und ſetzte an dieſe Stelle den Grundſatz der Gemeinſchaftlichkeit der Appellation — const. 39. C. de appelat., Nov. 49. 126., — in der Maaße, daß der Oberrichter, wenn ein Theil rechtzeitig appellirt hatte, und einer von beiden Theilen von ihm entſchieden war, ein neues ſelbſtſtändiges Erkenntniß zu ſtellen

Digitized by Google

hatte, und dabei nur bei dem Erscheinen des Appellaten in mancher Hinsicht an dessen Anträge gebunden war.

Das canonische Recht enthält über diesen Gegenstand nichts. Zwar kommt in den dieses enthaltenen Rechtsbüchern — cap. 4. in 6°. de electione et electi potestate — der Ausdruck „adhaerere" vor; allein es wird dort nicht von der accessorischen Adhäsion des Appellaten, sondern von dem Beitritte eines Dritten zu dem Rechtsmittel des Appellanten gegen den Appellaten, mithin von einer Art Intervention gehandelt.

Die deutsche Reichsgesetzgebung erkennt dagegen das Bestehen des Grundsatzes, daß die Appellation gemeinschaftlich sei, nicht nur ausdrücklich an — Reichstagsabschied vom Jahre 1566. §. 116.—; sondern setzt auch für einzelne, rücksichtlich des Verfahrens, daraus entspringende Fragen besondere Bestimmungen fest — Reichstagsabschied vom Jahre 1594. §. 9. —

Auch die Schriftsteller des gemeinen deutschen Prozesses, welche diese Fragen behandeln, sprechen sich insgesammt dahin aus, daß sobald ein Theil eines Erkenntnisses durch Appellation von der Rechtskraft entbunden sei, der Gegner durch accessorische Adhäsion an dieselbe eine Abänderung sothanen Theils in seinem Sinne zu beanspruchen befugt sei.

Linde, im Archive für civilist. Praxis 10. Bd. S. 473. flg.
Derselbe, Lehrb. des gem. Deutsch. Civilproz. §. 392.
Martin, Lehrb. des deutsch. gem. bürgerl. Proz. §. 276.
Beier, Vorträge über den gem. ordentl. Proz. S. 662.
Gönner, Handbuch des gem. deutsch. Prozesses, 3. Bd. Abthl. §. 7.

Die Sächsische Prozeßgesetzgebung enthält eine besondere Bestimmung über die accessorische Adhäsion, bezüglich der Appellationen, nicht, wohl aber wird deren Zulässigkeit in dem zuletzt gedachten Sinne für die Läuterungen ausdrücklich in dieser ausgesprochen — Const. 19. Th. 1., A. P. O. Tit., 35. §. 2. — und dabei der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Appellation als bestehend und in Sachsen gültig erwähnt. Gleichergestalt sprechen sich die Sächsischen Prozeßrechtslehrer dahin aus, daß eine accessorische Adhäsion zulässig sei, wenn die Beschwerden gemeinschaftlich seien; und sie erfordern als Begriff

Digitized by Google

der Gemeinschaftlichkeit keineswegs gleiche Tendenz des Appellanten und Adhärenten, sondern blos Richtung beider Rechtsmittel gegen denselben Theil des Urthels.

Wernher, Observat. for. p. VII. obs. 223 Vol. IX. obs. 48.

Carpzov, Def. for. P. I. const. 19. def. 9. 10.

Bergner, Oec. iur. lib. 10. tit. 28. th. 1.

Pfotenhauer, Doctr. proc. §. 735. sq.

Griebner, Discurs. Tit. 35. §. 2, 3

Kori, Theorie des Sächs. bürgerl. Proz. §. 150.

Kind, Quaest. for. T. III. p. 78.

Biener, Syst. proc. pag. 188.

Und auch der Gerichtsbrauch hat dieser Absicht in der großen Mehrheit der Fälle beigestimmt,

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt. N. F. 3. Bd. S. 210.

insonderheit aber das Oberappellationsgericht sich noch im Jahre 1847 in S. Fischerin ./. Schmidt dazu bekannt.

51.

Einvierteljährige oder einmonatliche Vorausbezahlung von Alimenten?

Erk. vom 27. Juli 1848, in S. Anders ./. Hempel.

Die Klägerin forderte einvierteljährige Vorauszahlung von Alimenten; der Bescheid erster Instanz verurtheilte in dergleichen mit einmonatlicher Vorausbezahlung, wodurch dieselbe besser gestellt wurde, als das Petitum wollte. Auf eingewendete Appellation reformirte die zweite Instanz auf die gebetene Vorausbezahlung. Nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts ist Beklagter dadurch deterioris conditionis geworden, weshalb der erste Bescheid wieder hergestellt wurde.

Digitized by Google

52.

Der Ehefrau Erborgung an Gelddarlehnung für ihren Ehemann.

Erk. vom 11. Mai 1848, in S. Schladitz ℅. Opitz.

Nach §. 3. des Mandats vom 6. November 1828, ist es einer Verbürgung gleich zu achten, wenn eine Ehefrau Darlehne aufnimmt, um den Ehemann der Nothwendigkeit, dieselben aufzunehmen, zu überheben, oder um damit Schulden des Ehemannes zu tilgen. Geht eine Ehefrau ein Geschäft ein, welches sich, seiner äußern Erscheinung nach, nicht als Verbürgung darstellt, so muß sie, wenn sie behaupten will, daß es nichts-destoweniger eine solche enthalte, darthun, daß diese Bewandniß der Sache den Gläubigern durch ihre eigene Mittheilung, oder auch sonst vorher bekannt gewesen sei — angez. Mand. §. 9. unter 3. — Nach dem Vorbringen ist der Wiederklägerin Ehemann, als er im Monat November 1843, so wie in den Monaten Januar und Februar 1846 in Geldverlegenheiten gewesen, allein zu Wiederbeklagten mit der Bitte gekommen, ihm die in den, der Convention zum Grunde gelegten Urkunden gedachten Geldsummen darzuleihen. Der Wiederbeklagte hat sich bei diesen Gelegenheiten zu Darleihung der verlangten Geldsummen an der Wiederklägerin Ehemann bereit erklärt, jedoch nur unter der ausdrücklichen Bedingung, daß sich die Ehefrau für diese Darlehne verbürge, und, um die solenne Verbürgung zu umgehen, die betreffenden Urkunden als Selbstschuldnerin unterzeichnen. — Ist dies Alles gegründet, so hat Wiederbeklagter gewußt, daß nicht Wiederklägerin, sondern deren Ehemann Geld brauchte, und daß Erstere die Schuldocumente nur ausstelle, um darin verschriebene Summe für Erstern zu erhalten. Die Vollziehung der Urkunden enthielt daher eine nicht in gesetzlicher Weise vorgenommene, folglich für sie unverbindliche Wirkung.

Digitized by Google

53.

Erbieten zur Diffession.

Erk. vom 29. Juli 1848, in S. Loongo ℅. Einertin.

Wenn der Beweis im ordentlichen Prozesse auf eine Privaturkunde gestützt, und dieselbe von dem Beweisführer in der Urschrift producirt worden, auch gegen deren Beschaffenheit und Inhalt keine begründete Einwendung zu machen ist, so hat der dazu gehörig vorgeladene Gegner im Termine die Urkunde entweder anzuerkennen oder sich zur eidlichen Diffession zu erbieten, und es soll, dafern er das Letztere thut, ohne daß es hierzu erst eines interlocutorischen Erkenntnisses bedarf, zur Abnahme des Diffessionseides Termin anberaumt, dieser Eid aber dahin gerichtet werden, daß der angebliche Aussteller der Urkunde dieselbe weder selbst geschrieben habe, auch daß solche mit seinem Wissen und Willen durch einen Andern nicht geschrieben oder unterschrieben worden sei — E. P. O. Tit. 25. §. 4. — Ganz dem gemäß und nur noch schärfer, wiewohl mit andern Worten, die Nothwendigkeit des sofortigen bestimmten Erbietens zum Diffessionseide heraushebend, gehet die über den im Executivprozesse sofort mit der Klage zu verbindenden Urkunden-Beweis handelnde Vorschrift im Anhange zur E. P. O. §. 9. dahin, daß die dem Beklagten producirte Urkunde, dafern er im Termine, deren Recognition nicht bewirket, für anerkannt geachtet werden solle, „es könnte und wollte denn der Beklagte eidlich diffetiren," als in welchem Falle derselbe ebenfalls, ohne vorgängiges diesfallsiges interlocutorisches Erkenntniß zur Leistung des Eides nach der, Tit. 25. §. 4. der E. P. O. vorgezeichneten Formel zu lassen ist.

Hierzu kommt, daß nach Tit. 20. §. 7. und §. 3. des Anhangs der Citation zwar blos das Injunkt: „die Urkunde zu recognosciren," nebst der Commination: „sub poena recogniti" einzuverleiben, daß jedoch nach Tit. 25. §. 4. „die eidliche Diffession unter der iniungirten Recognition, denen Rechten nach iederzeit mit zu verstehen ist", daß mithin die Vorladung dahin gehet, entweder zu recognosciren oder zu diffetiren. Von selbst aber folgt hieraus, daß der Beklagte, wenn er die Re-

Digitized by Google

cognition ablehnen will, wenigstens deutlich seine Absicht, den gesetzlichen Diffessionseid zu leisten, erklären muß.

Das Interesse, welches der Producent sowohl im ordentlichen, als im Executivprozesse, von einer solchen deutlichen und bestimmten Erklärung seines Gegners im Termine hat, ist nicht erst darzulegen; zudem würde, wenn dem selbst nicht so wäre, dies blos zu einer Ausstellung gegen das Gesetz führen können, nicht aber zu einer Ermächtigung des Richters, von dem Gesetze abzustehen.

Daß eine bestimmte Erklärung des Producten, die Urkunde eidlich diffetiren zu können und zu wollen, oder mit kürzern Worten, ein wirkliches Anerbieten zur Diffession nöthig sei, hat auch bereits der Commentator

Griebner, Discurs zur E. P. O. Küstnerschen Ausg. S. 272. „Prinzipal" und S. 271. „erfolgt"

im Gesetze gefunden. Auf gleiche Weise wird in

Berger, Oec. iur. Lib. IV. tit. 24. Th. 14. pag. 810. ed. Winkler

die wirkliche oblatio zur Diffession für erforderlich erklärt, mit der Bemerkung, als ein oblatio zur Diffession gelte es nicht, vielmehr werde die Urkunde in contumaciam für recognoscirt gehalten, wenn der Product blos sage: „er habe sie weder geschrieben, noch unterschreiben lassen", und zwar mit Bezugnahme auf ein im Jahre 1769 von der Juristenfacultät zu Leipzig dahin gesprochenes Erkenntniß.

Eben so bezeichnen die übrigen bewährtesten, vaterländischen Prozeßlehrer:

Pfotenhauer, Doctr. proc. §. 427. 430. 448. 526. der älteren Ausgabe — §. 342. 345. ed. Diedemann.

Biener, Syst. proc. §. 150. 151. 287. (246. ed. noviss.)

Kori, Theorie des Prozesses §. 113.

Derselbe, über den Executivprozeß 2. Ausg. §. 20. S. 45. Art. 141. mit Bezug auf ein Appellationsgerichts-Erkenntniß vom Jahre 1801.

das bestimmte Anerbieten zur Diffession, als die zur Ablehnung der Ungehorsams-Nachtheile erforderliche Erklärung.

Daß in neuerer Zeit ein Gerichtsbrauch sich dahin gebildet

Digitized by Google

habe, es sei auch eine andere, kein bestimmtes Anerbieten enthaltene Erklärung ausreichend, läßt sich nicht behaupten.

Vielmehr zeiget das in der

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. 1. Bd. Nr. 41. S. 446.

mitgetheilte Erkenntniß vom 7. März 1838, daß das Oberappellationsgericht das Erbieten zum Diffessionseide für erforderlich hält. Obwohl nach der Mittheilung in derselben

Zeitschrift Bd. 1. S. 59. Nr. 2.

das vorige Appellationsgericht im J. 1831. in der Erklärung des Beklagten „er habe die Urkunde weder geschrieben noch schreiben lassen", die Absicht desselben, diffetiren zu wollen, erblickt hat, a worauf

Osterloh, der ordentl. Bürgerl. Prozeß §. 234. Note 13. und §. 270. Note 13.

Derselbe, die summar. Prozesse §. 36. Note 24. S. 85. Ausg. 2.

seine Absicht stützt, es stehe dem Erbieten zum Diffessionseide die ausdrückliche Erklärung des Producten gleich „daß er die Urkunde weder geschrieben, noch unterschrieben, sie auch nicht habe schreiben, oder unterschreiben lassen"; so folgt daraus eben nur so viel, daß in dem damaligen Falle die Frage: in welcher Maße dem das Anerbieten zur Diffession erfordernden Gesetze Gnüge geschehen müsse? als eine nicht unbestrittene betrachten läßt.

Mag auch nicht verkannt werden, daß in E. P. O. Tit. 25. §. 4. bestimmte Worte, mit denen das Anerbieten zur eidlichen Diffession zu bewirken ist, nicht vorgeschrieben sind, und dasselbe wohl auch von der §. 9. des Anhanges verlangten Erklärung des Beklagten, eidlich diffetiren zu können und zu wollen, zu behaupten sein dürfte, daß der zur Recognition Vorgeladene mithin, dafern er solche ablehnen will, nicht gerade an die Worte: „ich erbitte mich zur eidlichen Diffession", gebunden ist, daß vielmehr auch gleichgeltende Worte für ausreichend angenommen werden können; so müssen doch die gebrauchten Worte wirklich ganz entschieden und unzweideutig verba aequipollentia sein, nämlich die Erklärung enthalten, den Diffessionseid leisten zu

Digitized by Google

wollen. Am Wenigsten dürfen halbe Erklärungen, wie z. B die, daß der Beklagte den Inhalt der Urkunde weder ge- noch unterschrieben habe, Beachtung erhalten. Nähme man an, diese Erklärung enthalte zugleich das Anerbieten zu deren eidlichen Bestärkung, und nähme man sie sogar für eidlich bestärkt an; so würde immer der Beklagte zu verurtheilen sein, weil in Folge des Mangels an einer erschöpfenden Auslassung anzunehmen wäre, die Urkunde sei mit seinem Wissen und Willen von einem Andern ge- oder unterschrieben worden.

54.

Simplicitas des Betrogenen.

Erk. vom 18. Octbr. 1848, in S. Lehmann ./. Seifert.

Die Rechte nehmen, wenn Jemand betrogen worden ist, darauf keine Rücksicht, ob er durch Anwendung größerer Vorsicht sich hätte davor hüten können. Ja selbst sein Simplicitas soll ihm keinen Schaden und dem Betrüger keinen Nutzen bringen — l. 1. pr. D. de in dolo malo (4. 3.). Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen Betrug und Zwang, insofern beides Hindernisse der freien Einwilligung sind. Der Zwang soll einen Vertrag nur darin ungültig machen, wenn er von der Art ist, daß auch ein sonst furchtloser Mann sich durch ihn einschüchtern läßt — l. 5. b. D. quod met. c. (4. 2.) Zum dolus malus wird aber jede hinterlistige Vorspiegelung gerechnet: „omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum fallendum, discipiendum alterum adhibita“ l. 1. §. 3. D. de dolo malo — daher hat namentlich auch der Käufer einer Sache, wegen ieder Vorspiegelung des Verkäufers, durch welche dieser ihn absichtlich und hinterlistig in einem Irrthum versetzet, der ihn zu Eingehung eines zu hohen Kaufpreises verleitet, die actio emti auf Wiederaufhebung des Contracts oder Schadenvergütung — l. 5. §. 8., l. 13., §. 4., l. 29., D. de act. emti et event. l. 37. D. de dolo malo. —

Digitized by Google

55.

Mühlteiche und Sammelteiche.

Erk. vom 9. Febr. 1848, in S. Büttner ℳ. Köbritz.

Die rechtlichen Verhältnisse eines sogenannten Mühlteichs und eines bloßen Wasserlaufs können sich sehr verschiedenartig gestalten. Was zuvörderst den Erstern anlangt; so kommt deshalb, unter andern denkbaren Unterschieden, namentlich der sehr häufig in Frage: ob ein solcher Teich blos in einer Ansammlung des auf einem Grundstück selbst entspringenden, oder daselbst zusammenlaufenden Wassers besteht, oder als Sammelteich auf der Zurückhaltung und Anstauung eines, schon von andren Grundstücken, als bereits gebildetes Rinnsal oder Bach herkommenden, fließenden Wassers beruht. Während im erstren Falle wohl nach Befinden von dem Rechte eines Müllers an dem Gebrauche des Wassers eines solchen Teiches, als dessen ausschließlichen Eigenthümer, oder aus sonst einem rechtlich haltbaren Titel die Rede sein kann, ohne daß ein, unterhalb dieses Müllers liegender anderer Müller, in Ermangelung eines besonders erwerbenden Befugnisses, einen Anspruch auf den Mitgebrauch solchen Wassers zu machen, für berechtigt erachtet werden könnte; so mag doch dagegen eine solche Annahme, hinsichtlich eines bloßen Sammelteichs der letzgedachten Art, nach anerkannten Grundsätzen über die rechtlichen Verhältnisse der an ein und demselben fließenden Wasser nach einander liegenden Müller, hinsichtlich des successiven Gebrauchs der Rückhaltung und Freilassung des Wassers, keineswegs Platz greifen.

Günther, Quaest. de iure aquar. Spec. I. — V.

Pfotenhauer, in Zachariäs Annalen der Gesetzgebung ꝛc. Band 2.

Haubold, Lehrb. des Sächsis. Privatrechts §. 367.

In Ansehung des Wassers eines solchen bloßen Sammelteichs muß nach der Natur der Sache, ohne entgegenstehende, besonders erworbene Rechte, gegen jeden oberhalb liegenden Müller, in Beziehung auf den unterhalb befindlichen, eben dasselbe gelten, was überhaupt, in Ansehung des dabei in Frage kommenden fließenden Wassers, selbst als Rechtens anzunehmen ist; und

Digitized by Google

es kann einem unterhalb liegenden Müller, auch wegen des Mitgebrauchs des Wassers aus einem solchen Sammelteiche, ebensowenig ein Befugnißbeweis angesonnen werden, als dabei von einer natürlichen Freiheit des Obermüllers, in Betracht eines dergleichen Teichs, die Rede sein, während übrigens nach Umständen, wegen etwa erforderlicher Regulirung des successiven Gebrauchs des Wassers, eben so Erörterungen und Bestimmungen der zuständigen Behörden nothwendig und anwendbar werden können, wie hinsichtlich des Aufhaltens und Anstauens des Wassers in den Mühlgräben, und selbst vor den Mühlen und Wehren selbst ohne Teiche.

56.

Kann aus einem Schulddocumente, in welchem beiläufig eines Kaufgeschäfts gedacht wird, executiv auf Erfüllung des sogenannten Zahlungsansprechens geklagt werden?

Erk. vom 16. Decbr. 1847, in S. Krausche ./. Stenge.

In dem der Executivklage zum Grunde liegenden Documente hatte der Beklagte versprochen, dem Kläger 255 Thaler zu gewähren, als eine „für 93 Stück Schaafe zu bezahlende Schuld. Der Bescheid erster Instanz verurtheilte den Beklagten; die zweite Instanz dagegen wies des Klägers Sachen, inmaßen es angebracht, ab, weil bei einer Prädicirung der schuldigen Summe es keinem Zweifel unterworfen sei, daß die Schuld aus einem doppelseitigen Vertrage, aus einem Kaufcontracte herrühre, und in der Urkunde weder ein Bekenntniß der an den Beklagten erfolgten Uebergabe der ihm verkauften Schaafe, noch eine Entsagung desselben auf die Ausflucht des nicht erfüllten Contracts mit bestimmten Worten ausgedrückt sei, eben so wenig aber auch in der bloßen Ausstellung des gedachten schriftlichen Schuldbekenntnisses eine Novation könne gefunden werden, durch welche die Natur des zwischen den Partheien bestehenden Schuldverhältnisses in der hier fraglichen Beziehung verändert sei. Die dritte Instanz stellte den ersten Bescheid wieder her aus folgenden Gründen.

Digitized by Google

Erſtlich iſt es keineswegs ſo unbedingt nothwendig, daß dasjenige was Jemand einem Andern für etwas zu zahlen hat, ein Kaufpreis, eine vor Uebergabe einer Sache bedingte Zahlung ſei. So z. B. wenn als Geſellſchafter Beklagter und Kläger 93 Stück Schaafe in gemeinſchaftlichem Beſitz und Eigenthum gehabt, die Societät aber in der Maaße aufgelöſt hätten, daß Kläger gegen das ihm vom Beklagten geleiſtete libellirte Zahlungsverſprechen ſein antheiliges Eigenthumsrecht aufgegeben hätte; ſo würden 93 Stück Schaafe das Obiect ſein, wofür von Beklagtem die in Frage ſtehende Summe zu bezahlen wäre, ohne eine vorher oder doch gleichzeitig an ihn zu beſchehene Uebergabe. Angenommen aber ferner, weil, was für einen Gegenſtand zu bezahlen iſt, in den allermeiſten Fällen ein Kaufpreis ſein wird, ſo ſei auch nach dem Inhalte des Documents die verſchriebene Summe präſumtiv ein Kaufpreis, und angenommen ferner, dieſe doch immer nur präſumtive Gewißheit dürfte im Executionsprozeſſe entſcheidend ſein, wo, der Natur dieſer Prozeßgattung nach, für oder gegen eine der Partheien nur liquide Momente in Betracht kommen können, dennoch würde des Beklagten ſofortige Verurtheilung begründet ſein.

Denn aus einem Kaufcontracte hat offenbar der Kläger nicht geklagt. Es hat nur der Kauf die Veranlaſſung zu den beſonders ausgeſtellten Zahlungsverſprechen gegeben. Wer aber nun in einer beſondern Urkunde einen Kaufpreis zu einem beſtimmten Tage unbedingt zu zahlen verſprochen hat, der hat dies gethan, entweder weil er ſich bereits im Beſitze des erkauften Gegenſtandes befand, oder weil er einverſtanden damit war, von der Uebergabe, als Bedingung des Fälligwerdens der Kaufſumme abzuſehen. Eins oder das Andere anzunehmen, iſt man genöthigt, weil, wenn man weder die eine, noch die andere dieſer Prämiſſen zugiebt, die Exiſtenz des Documents als das Ergebniß eines beſonnenen, ſeinen Aeußerungen und der ihnen entſprechenden Wirkungen ſich bewußten Willens aufgehoben würde. Die Möglichkeit oder auch die Gewißheit, daß das Zahlungsverſprechen auf einem Kaufe beruhe, und daß die Uebergabe, von welcher, wenn aus einem Kaufe geklagt wird, die Zahlungsverbindlichkeit bedingt iſt, noch nicht erfolgt ſei, kann im Executions-

Digitized by Google

prozesse sobald aus einem besondren Zahlungsversprechen geklagt ist, für einen Grund, das an sich liquide Versprechen für unausreichend zu vollständiger Unterstützung der Klage, zu halten, um so weniger angesehen werden, als diese Ansicht durchaus unvereinbar mit §. 5. des Anhangs der C. P. O. sein würde. Nach dieser Gesetzstelle bedarf es zur Herstellung eines documenti quarentigiati keineswegs der Angabe einer causa debendi specialis. Nun ist in der Regel, und auch präsumtiver Weise, ein jedes Zahlungsversprechen die Zusage der Leistung für eine Gegenleistung; daher denn, wer ein liquides unbedingtes Zahlungsversprechen nicht für ohne Weiteres ausreichend zur Begründung des Executionsprozesses ansieht, weil die Möglichkeit stattfindet, daß noch zur Zeit dasjenige ungeleistet sei, wofür die Zahlung geleistet werden sollte, consequenter Weise nicht umhin kann, anzunehmen, was offenbar dem angezogenen §. entgegen laufen würde, nämlich: es erfordere die Existenz eines documenti quarentigiati, daß in selbigem die causa debendi sich ausgedrückt finde, und daß, Falls sie auf einem Bilateralgeschäfte beruhen sollte, zugleich liquid beigebracht sei, die Leistung, für welche die Zahlung versprochen worden ist, sei entweder erfolgt, oder um besonderer Umstände willen daran abzusehen, ob sie erfolgt sei oder nicht.

57.

Eine Heirath als Bedingung eines Gutsverkaufs.

Erk. vom 10. Novbr. 1847, in S. Lenner ./. Schleinich.

Der Verklagte versprach, unter der Bedingung, sein Gut den Klägern zu verkaufen, wenn dieser Beklagtens Schwägerin heirathe. Es gehört daher mit zur Begründung der Klage, daß diese Bedingung auch wirklich erfüllt sei. Das bloße Erbieten Klägers, sie erfüllen zu wollen, reicht nicht aus. Denn es ist keine potestative, sondern eine gemischte Bedingung, welche zugleich von dem Willen einer dritten Person und andern zufälligen Umständen abhängt. Der Einwand: „per me non stetit", welcher in manchen Verhältnissen z. B. der Dienstver-

Digitized by Google

miethung — l. 19. §. 9. C. 38. p. D. locat. conduct. (19. 2.) gebraucht werden kann, um die Gegenleiſtung zu verlangen, findet auf dieſen Fall keine Anwendung, wo offenbar keine perſönliche Rückſichten der Bedingung zum Grunde liegen. Zudem ging die Abſicht des Beklagten auch dahin, denienigen, welcher ſeine Schwägerin heirathen würde, als Käufer in ſein Gut aufzunehmen, und ihm die Wirthſchaft zu überlaſſen, weil er ſelbſt kränklich ſei und ſchwere Arbeit nicht mehr verrichten könne. Er hatte mithin den Wunſch, ſeine Schwägerin bei ſich zu behalten, und durch deren Verheirathung ſich auch den nöthigen männlichen Beiſtand für ſeine ſpätern Lebenstage zu verſchaffen. Wenn er nun in dieſer Beziehung Klägern Anerbietungen machen ließ, und mit ihm einen Kauf abſchloß; ſo geſchah es noch immer unter der gleich Anfangs ausgeſprochenen Vorausſetzung, wenn gedachte Verheirathung zu Stande komme. Daß der Beklagte daran Schuld ſei, daß ſeine Schwägerin Klägern nicht ehelichen wolle, hat Letzterer nicht behauptet. Allein auch in dieſem Falle, wo man nach l. 39. 136. D. de reg. iur. (50. 17.) allenfalls ſagen könne: „perinde est, ac si impleta conditio fuisset", würde nach den beſondern Umſtänden nicht ein Recht auf Erfüllung des Kaufs, ſondern höchſtens nur ein Schadenanſpruch daraus folgen. Fraglich, doch hier nicht zu entſcheiden iſt, ob etwa ein Schadenanſpruch gegen die Schwägerin, nach §. 53. des Geſetzes C. vom 28. Januar 1835. erhoben werden könne?

58.

Die Einrede, der Verkäufer habe einen auf dem verkauften Grundſtücke laſtenden Wiederkauf verſchwiegen.

Erk. vom 8. März 1848, in S. Schumann ℅. Heß.

Vergleicht man die 1. Conſt. Th. 2. vom J. 1572, die 27. Deciſ. vom J. 1746, und das Mandat vom 9. April 1827; ſo laſſen ſich allerdings nicht geringe Zweifel gegen die Rechtsanſicht der erſten Inſtanz, welche die obige Frage bejahend be-

Digitized by Google

antwortet hatte, erheben, zumal da, wo das Wiederkaufsrecht unter Verhältnissen stipulirt ist, wie sie hier vorliegen. Genau genommen ist hier gar kein eigentliches Wiederkaufsrecht, sondern ein dem Staate zustehendes Hoheitsrecht, das Privateigenthum dann, wenn es die Staatszwecke nothwendig erfordern, gegen zu gewährende Entschädigung, in Anspruch zu nehmen, und die dem entsprechende Verbindlichkeit des Staatsunterthanen vorhanden, — eine Verbindlichkeit, welche auch in der Verfassungsurkunde §. 31. und in dem Gesetze A. vom 28. Januar 1835, §. 7. Anerkennung erhalten hat. Nur in Bezug auf den im Voraus bestimmten Antrag der Entschädigung, tritt der privatrechtliche Gesichtspunkt hervor.

Mit Recht aber hat die zweite Instanz es für entbehrlich gehalten, die Entscheidung der Sache von der Beantwortung der Frage abhängig zu machen, ob das auf dem fraglichen Vertrage beruhende Recht des Staatsfiscus durch die nothwendige Subhastation für erloschen anzusehen sei, weil der Klaggrund während des Prozesses sich erledigt habe.

Die A. P. O. Tit. 11. §. 10. gestattet dem Beklagten auch nach abgelaufener Frist zur Einlassung das Gehör mit neu entstandenen Exceptionen. Als eine solche, und noch dazu liquide ist die von dem Beklagten vor Eintritt der Rechtskraft des ersten Urthels vorgebrachte Einwendung zu betrachten, daß die in der Klage angegebene Beschwerde, daß auf der von dem Beklagten tauschweise ihm überlassenen Elbschiffmühle ein dem Staatsfiscus zustehendes Wiederkaufsrecht hafte, vermöge dessen der Fiscus in dem eintretenden Falle der Nothwendigkeit die Destruirung der Schiffmühle, gegen Zurückzahlung der für die erledigte Uebereignung dieser früherhin im Erbpachte befindlich gewesenen Mühle und für einige andere Berechtigungen zur Staatscasse erlegten 1000 Thaler verlangen könne, nicht mehr bestehe, und derselbe das, was er fordern könne, bereits erlangt habe.

Die hier fragliche Last des Grundstücks bestand, nach dem Klagvorbringen, lediglich in der Besorgniß einer Eviction. Angenommen, es hätte Kläger, in Bezug auf diese Belastung des Grundstücks, gegen den Beklagten ein Klagrecht, so könnte es offenbar zunächst blos dahin gehen, daß der Beklagte das Grund-

Digitized by Google

stück von dieser Last befreie, und erst dann, wenn dies nicht möglich, könnte es sich fragen, ob dem Kläger ein Anspruch auf Wiederaufhebung des Vertrags, oder auf Entschädigung, oder Cautionsleistung gegen die Beklagten zustehe? Auf keine Weise sind hier die Prinzipien über die Aedilischen Klagen anwendbar, da es sich nicht um einen Fehler der verkauften Sache handelt, welche deren ietzige Brauchbarkeit für den Käufer aufhebt oder vermindert. Es kann also nur noch Frage darüber entstehen, ob der Kläger, auf Grund eines dolus dans causam negotio, die Rescission des Vertrags zu verlangen habe? Der Kläger bezieht sich auf keinen dolus, sondern er führt blos an, es habe der Beklagte ihm das ihm selbst wohlbekannte Wiederkaufsrecht des Fiscus verschwiegen und nur erst nach dem Abschlusse des Tauschvertrags habe er Kenntniß davon erlangt. Möchte auch, wegen dieser Hinzufügung, die Mangelhaftigkeit des ersten Anführens in der Eidesklage, in welcher davon, daß der Beklagte auch bei den dem Abschlusse vorausgehenden Verhandlungen das Wiederkaufsrecht des Fiscus verschwiegen habe, nichts enthalten ist, zu übergehen und eben so der Eidesantrag über die Worte: „das ihm wohlbekannte" nicht so ganz für unstatthaft zu halten sein; so ist doch der Schluß, es habe der Beklagte den Kläger absichtlich getäuscht, weil er ihm das ihm wohlbekannte Recht des Fiscus verschwiegen hätte, gewiß ein unrichtiger. Aus dem beregten Anführen folgt weiter nichts, als daß bei dem Abschlusse das Wiederkaufsrecht des Fiscus nicht zur Sprache gekommen ist. Will der Kläger dem Beklagten eine dem dolus gleichstehende culpa in sofern beimessen, als er auf leichte Weise sich von den Sachverhältnissen hätte unterrichten können; so trifft eine gleiche Verschuldung den Kläger, welcher, als Aquirent einer auf einem öffentlichen Flusse befindlichen Mühle, nach den näheren Verhältnissen sich zu erkundigen, wohl Veranlassung finden mußte, und dies eben so leicht bewirken konnte, als er es vor Anstellung der Klage gethan hat.

Digitized by Google

59.

Das Versprechen, etwas „nach Möglichkeit" zu thun.

Erk. vom 23. Septbr. 1848, in S. Neubauer ℳ. Knoth.

In einem Documente, auf welchem der Executionsprozeß gegründet wurde, hatte der Beklagte versprochen, die Protestation einer dritten Person nach Möglichkeit zu beseitigen. In erster Instanz wurde deshalb des Klägers Suchen, inmaßen es angebracht, abgewiesen, in zweiter Instanz dagegen die Fortstellung des executivischen Verfahrens gestattet. Die dritte Instanz stellte die erste Entscheidung wieder her. Je mehr, hieß es in deren Gründen, bei jedem Vertrage, nach den anerkannten rechtlichen Grundsätzen, kein Wort, so lange es irgend einen vernünftigen Sinn zu begründen, geeignet ist, als überflüssig angesehen werden und unbeachtet gelassen werden darf, desto weniger kann solches mit rechtlicher Haltbarkeit geschehen, wenn von Worten die Frage ist, welchen ebensowenig ein vernünftiger Sinn, als eine unverkennbare Erheblichkeit für die sich vereinbarenden Personen, abgesprochen werden mag.

Offenbar kann ein Versprechen, etwas nach Möglichkeit zu bewerkstelligen, nicht dem Versprechen einer unbedingten und sofortigen Bewerkstelligung ohne Weiteres rechtlich gleichgestellt werden. Aus dem Satze, daß bei einem abgeschlossenen Vertrage davon auszugehen sei, daß dessen Erfüllung im Bereiche der Möglichkeit stehe, kann keineswegs gefolgert werden, daß der ausdrückliche Beisatz bei dem Versprechen — „nach Möglichkeit" — für nicht geschrieben geachtet, und ein solches Versprechen, als ohne Bedingung erfolgt, rechtlich angesehen werden dürfe. Je mehr von demjenigen, welcher ein solches Versprechen unter dem gedachten Beisatze „nach Möglichkeit" annimt, schon selbst ausdrücklich anerkannt wird, daß die in Frage begriffene Leistung theils überhaupt nicht so unbedingt, auf dem alleinigen Willen des Versprechenden selbst, beruhe, theils wenigstens hinsichtlich der Zeit und Modalität von andern, und sogar, nach Befinden, die gänzliche Unmöglichkeit an sich nicht ausschließenden Verhältnissen abhänge, desto weniger kann derselbe die Existenz einer Bedin-

Digitized by Google

ung verläugnen und zurückweisen, muß vielmehr deshalb sein Klagvorbringen ebenso, wie aus jedem andern bedingten Versprechen beurtheilen lassen.

Hierbei ist besonders nicht aus den Augen zu verlieren, daß bei der in Frage begriffenen Leistung augenfällig keineswegs blos von einer eigenen Handlung des Beklagten, sondern von Handlungen dritter, selbst nicht in Beklagtens Gewalt stehender Personen die Rede ist, hinsichtlich deren sich gar keine rechtlichen Präsumtionen aufstellen lassen.

Daraus, daß, nach Befinden, dem Beklagten in ordentlichem Prozesse ein Beweis der Unmöglichkeit zufallen kann, mag in keiner Weise gefolgert werden, daß im Executionsprozesse dem Kläger die sofortige Beibringung der Bedingung durch Urkunden erlassen werden dürfe.

60.

Vetus mos bei Bewässerungsrechten.

Erk. vom 29. August 1848, in S. Müller ./. Rölling.

Die Bestimmung des römischen Rechts — l. 7. C. de serv. et aqua. (3. 34.) „Si manifeste doceri possit, ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irriganti causa exhibere: procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit," ist von entschiedener Wichtigkeit. Unter der vetus mos ist nicht blos ein unvordenklicher, sondern auch ein solcher Besitzstand zu verstehen, der die gewöhnliche Verjährungszeit hindurch bestanden hat.

Zum Schutze des nothwendigen landwirthschaftlichen Bedürfnisses der Wiesenwässerung war bestimmt, daß Niemandem gestattet sein soll, eigenmächtig einen solchen Besitzstand zu stören; doch konnte auch schon nach römischem Rechte der Fall eintreten, daß mehreren Personen zugleich an einem Gewässer und zwar in einem und demselben Districte desselben ein Wasserleitungsrecht zustand. — l. 2. §. 1. 2. D. de serv. praed. rust.

Digitized by Google

(8. 3.) l. 2. §. 4., l. s. de aqua quotid. (43. 29.), so wie denn auch nach sächsischen Gesetzen ein Mitbenutzungsrecht eines andern Adiacenten es geben kann.

61.

Zur Lehre von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

Erk. vom 5. Juli 1848, in S. Seyfert ./. Lehmann.

Bei der Abweisung einer Klage in der angebrachten Maße hat sich die richterliche Beurtheilung nicht blos mit den Gründen, aus welchen die Abweisung erfolgt, sondern auch mit denen, aus welchen sie nicht erfolgt, zu beschäftigen; Letzteres um damit den Kläger über den Erfolg zu belehren, den er von der Anstellung einer etwaigen anderweiten Klage zu erwarten hat: „den litigirenden Partheien zur guten Nachricht und zur Abschneidung deren Weitläufigkeiten."

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Band 5. Nr. 12. S. 390 u. 394 fg.

Wenn nun in den Gründen einer solchen Entscheidung gewisse Einwendungen, welche gegen die Statthaftigkeit der Klage vorgebracht werden, ausdrücklich reprobirt worden; so bildet dieses einen Theil der Entscheidung selbst und geht in Rechtskraft über.

Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc. N. F. Band 6. Nr. 7 S. 203.

62.

Actien-Einzahlungen nach dem Verkaufe der Actien sind dem Verkäufer zu ersetzen.

Erk. vom 5. Juli 1848, in Sachen Seyfert ./. Lehmann.

Nach dem Grundsatze, daß dem Verkäufer einer Sache, wegen des Aufwandes, welchen er zur Erhaltung derselben ge-

Digitized by Google

macht hat, ein Retentionsrecht an denſelben zuſtehe, weil dieſe Auslagen unmittelbar mit der Sache zuſammenhängen, und daher eben ſo gut, als der Kaufpreis ſelbſt, in der actio venditi mit inbegriffen ſind — l. 13. §. 16. 22. l. 38. §. 1. D. de act. emt. vend. (29. 1.) — , muß auch der Verkäufer von Actien, welcher durch ſtatutenmäßige Einzahlung dieſelben vor dem Verfall bewahrt hat, dieſe noch nach dem Verkaufe gemachten Einzahlungen zurückfordern können. Daſſelbe ergiebt ſich auch, wenn man ihn nur als negotiorum gestor des Käufers betrachtet — l. 1. pr. D. quib. modis pignus vel hyp. solvitur (20. 6.) „si tamen possideat; exceptione doli defendit." —

63.

Speſen und Koſten bei wechſelmäßiger Regreßnahme.

Erk. vom 31. Auguſt 1848, in S. Gebauer und Zöllner c. Illing.

Die kaufmänniſche Uſance hat für den eintretenden Fall der wechſelmäßigen Regreßnahme gewiſſe feſte Sätze eingeführt, nach welchen die Entſchädigung für Geldaufwand, Zeitverluſt und Berechnung des Präſentanten, welcher zur Verfallzeit kein Geld erhalten, und deren Vertreter, welche das Papier weiter rembourſiren müſſen, bei Antretung und Fortſtellung des Regreſſes, in Beziehung zum Ausſteller und anderer Vertreter, berechnet werden müſſen. Es wird dabei von der ſehr richtigen Anſicht ausgegangen, daß der Inhaber eines am Verfalltage nothleidenden Papiers nicht nur in die Nothwendigkeit verſetzt wird, das Capital, welches eingehen ſollte, auf andere Weiſe zu ſeinem Bedürfniſſe anzuſchaffen, ſondern daß auch die Beobachtung der Diligenz, ohne welche der Regreß nicht zugelaſſen wird, mancherlei Mühen und Aufwand verurſacht, für die ihm Entſchädigung angedeihen muß. Die bekannten Poſtulate, die bei allen Retouren vorkommen, Capitalzinſen, Proviſion, Courtage, Proteſtſpeſen und Porto bedürfen im Regreßfalle, ſelbſt bei gerichtlicher Verfolgung der Anſprüche, keines weitern factiſchen Beweiſes. Es beſtehen dafür theils allgemein anerkannte feſte

Digitized by Google

Sätze, theils unterliegen sie in jedem einzelnen Falle einer billigrichterlichen Beurtheilung. Unter diesen Ansätzen kommt auch die Provision nach 1/3 % vom Capitale vor. Sie wird vom letzten Inhaber gefordert, weil er, statt des auf den Wechsel zu empfangenden Geldes, andere Anschaffung machen muß. Aber dieser Ansatz wiederholt sich in gleicher Maaße, und zwar nach 1/3 % von dem Gesammtbetrage der auf jedem Vertreter genommenen Retour berechnet, deswegen, weil der Interessent, um den Wechsel einzulösen, diesen Gesammtbetrag aufbringen muß.

64.

Schadenforderungen bei Wechsel-Regressen.

Erk. vom 31. August 1848, in S. Gebauer und Zöllner ℅. Illing.

Es liegt in der Natur und im Geiste des Wechselgeschäfts, daß bei der Regreßnahme auf ungemessene, im einzelnen Falle vorkommende Schäden, auch wenn sie erwiesen werden können, kein Absehen zu richten, auch selbst außerhalb des Wechselprozesses eine Condemnatoria nicht erfolgen kann. Es liegt zwar wohl in der Verschiedenheit der Lebensverhältnisse der bei einem Wechselgeschäfte betheiligten Personen, daß die vereitelte Erwartung einer zur bestimmten Verfallzeit verheißenen Zahlung bei dem Einen ungleich größere Störung im Geschäftsleben hervorbringt, als bei dem Andern. Denn ein unbemittelter Inhaber, dem von richtiger Einlösung des in seinen Händen befindlichen Papiers die Möglichkeit abhängig wurde, andren zudringlichen Gläubigern für ihre, zu gleicher Zeit mahnbaren Forderungen gerecht zu werden, kann durch die Verweigerung der Zahlung in die größte Verlegenheit gerathen und Gefahr laufen, der bei ihm eintretenden Geldnoth große Opfer zu bringen. Wenn es bei der Regreßnahme dahin gestellt werden sollte, daß die Vertreter des Wechsels angehalten würden, auch solche Schäden zu vergüten, so wäre es unmöglich, auf das Wechselgeschäft einzugehen, da ein Wechsel, als ein zum Umlauf bestimmtes Papier, Schicksalen entgegengeführt wird, von denen man im Augenblick der

Digitized by Google

Ausstellung oder Indossirung desselben auch nicht die entfernteste Ahnung haben konnte. Kein vorsichtiger Geschäftsmann kann bei Ausstellung oder Begebung des Wechsels eine Garantie für Erfolge übernehmen, zu deren Vorausberechnung es an allem Maaßstabe fehlen muß; daher entsprechen die in dem vorigen Rechtssatze — Nr. 63. — angegebenen Sätze der Retourrechnung dem wahren Bedürfnisse der Sache, da sie von einem als normal voraus zu setzenden Zustande der Betheiligten abgenommen sind, und, so zu sagen, die rechte Mitte bilden, wenn es schon eintreten kann, daß ein Inhaber, welcher diese Sätze befolgt, weil ihm die hinlänglichen Fonds zu Gebote standen, mit Befolgung des Regresses ein erwünschtes, vortheilhaftes Geschäft macht, wo ein Anderer, bei dem Alles auf dem Spiele stand, wenn der Wechsel nicht am Verfalltage einging, in die Lage kommen kann, daß er, um seinen Gläubigern zu entsprechen, Geschäfte eingehen muß, die seinen ganzen Hausstand zerrütten.

Bei einem Formalgeschäfte, wie das Wechselgeschäft ist, muß das Maaß der übernommenen Verbindlichkeit ebenfalls lediglich von dem Zustande der Wechselvorschreibung nur allein abzunehmen sein.

65.

Realbefugnisse als Gegenstand des Executions- und des Executivprozesses.

Erk. vom 6. Septbr. 1848, in S. Lehmann ./. Lehmann.

Der Executionsprozeß aus gerichtlichen Urkunden, welcher bereits vor Publication des Gesetzes vom 28. Febr. 1838. in Sachsen üblich war, und durch die in diesem Gesetze — §. 86. flg. — enthaltenen Bestimmungen nur näher geregelt wurde, ist ein abgekürzter Executivproceß, und unterscheidet sich von diesem hauptsächlich nur durch die äußere Form der ihm unterzulegenden Urkunden, indem er auf solche Urkunden gestützt werden muß, welche nicht erst einer Erklärung des Beklagten über die Recognition bedürfen. Das innere Erforderniß der Urkunden bestehet bei beiden Prozeßarten darin, daß der Grund des

Digitized by Google

Anspruchs aus der Klagurkunde vollständig erhellen muß. Wie, wegen behaupteter Realbefugnisse, im Executivprozesse (z. B. confessorisch) geklagt werden kann,

Kori, Executiv-Prozeß 2. Aufl. §. 6. und 40.

so kann solches folgerecht auch im Executionsprozesse geschehen, dafern nur das, was der Kläger verlangt, in der, der Recognition nicht bedürfenden Urkunde speciell als ein Recht des Klägers angegeben, oder als ein Ausfluß des ihm urkundlich zustehenden Rechts zu betrachten ist. Die Beurtheilung der letzten Frage ist im summarischen Urkunden-Prozesse nicht ausgeschlossen, dafern solche nur nicht von einem durch andere Mittel zu erbringenden Beweise solcher factischen Umstände, worüber die Urkunden keine Auskunft geben, abhängig ist. Gerade in Streitigkeiten über die Verweigerung von Auszugsgebürnissen muß es im Interesse beider Theile liegen, kostspielige Weiterungen möglichst zu vermeiden; und es läßt sich in der That nicht absehen, warum (wie in zweiter Instanz geschehen) über die Rechtsfrage, ob aus dem Inhalte der Ausgedinge-Clausel in einem gerichtlich geschlossenen Kaufcontracte das folge, was der Kläger verlangt, nicht im Urkunden-Prozesse entschieden werden könnte, zumal da darin derselbe Instanzenweg statt findet, wie in ordentlichen Prozessen.

66.

Das Recht auf Lehnwaare.

Erk. vom 4. April 1848, in S. von Zehmen ℳ Seyfert.

Der Kläger behauptet, daß er, in Folge Verjährung, berechtiget sei in jedem Verkaufsfalle, der sich mit des Beklagten Gute zutrage, bei gerichtlicher Bestätigung der darüber abgeschlossenen Verträge, so wie bei der damit verbundenen Auflassung und Reichung der Lehn von dem Käufer oder Erwerber von der jedesmaligen Kaufsumme ein gewisses Lehngeld sich erlegen zu lassen. Dabei gründete er sich auf vier Fälle der Abentrichtung in den Jahren 1834, 1807, 1747 und 1708. In den drei letzten und ältesten Fällen war das Grundstück, mittelst

Digitized by Google

Kaufs, in dem neuesten dagegen, mittelst testamentarische Erbfolge, auf den neuen Besitzer übergegangen. Die beiden ersten Instanzen nahmen an, daß die Zahlung des Lehngeldes nicht zu berücksichtigen sei. Auch der Beklagte verlangt, daß sie unbeachtet bleibe. Und allerdings hat man ihm hierin Recht zu geben.

Es ist nemlich die Landes-Ordnung von 1550. Tit. Von Ordnung und Freiheit der Städte — C. A. T. I. S. 39. — dem Erstehen der Laudemialpflicht nicht günstig. Sie erklärt, daß „die Bürger in Städten und Andrer in Aemtern oder sonst mit der Lehnwaare nicht übernommen, sondern darin die alte Gewohnheit und das unverreinte Herkommen gehalten, und wo dasselbige mit Bestand nicht eingeführt, gar nicht, unter keinerlei Schein, unterstanden werden soll.“ Eben so wenig lag es in der Absicht der 1. sonderlichen Constitution vom J. 1572. dem Aufkommen neuer Laudemien Vorschub zu leisten. Im Gegentheil verordnete sie, es solle Lehnwaare an Oertern, da sie bisher ungebräuchlich, und nicht genommen worden, nicht aufgebracht und gegeben werden. Sie würde sonach mit ihrem klaren und deutlich ausgesprochenen Zwecke möglichster Beschränkung der Laudemial-Belastung in Widerspruch getreten sein, wenn sie den Satz aufgestellt hätte, daß, wofern die Verjährungszeit hindurch das Lehngeld auch nur in einer gewissen Classe von Fällen, z. B. nur bei Schenkungen gezahlt worden, nichts desto weniger das unbeschränkte Recht auf Lehnwaare, mithin das Recht auf dasselbe in allen gesetzlich nachgelassenen Fällen, für erworben anzusehen sei. Zudem würde dieser Satz wider das Grundprincip der Verjährungstheorie verstoßen: „tantum praescriptum, tantum possessum.“ Da man nun ein in seinem Wortausdrucke nicht ganz klares, Gesetz in einer Weise zu interpretiren hat, durch welche seine Anweisungen mit seinem Endzwecke möglichst in Einklang gebracht werden, die auf diese Weise gewonnene Auslegung aber um so gewisser für nöthig angesehen werden kann, je mehr sie mit der allgemeinen Rechtstheorie übereinstimmt; so muß man, wie auch schon früher vom Oberappellationsgericht in ähnlichen Fällen stets geschehen, davon ausgehen, daß die erwähnte Constitution nur als Regulativ für den Fall dienen sollte, wenn ein unbeschränktes Recht auf Lehnwaare in rechtlicher Gewißheit

Digitized by Google

beruht, dabei aber in Zweifel gezogen wurde, welche Fälle als unter dieses unbeschränkte Recht gehörig zu betrachten seien. — Kommt dagegen in Frage, ob ein Recht auf Lehnwaare durch Verjährung erworben sei und in welchem Umfange? so ist dann die Regel maßgebend: „quantum possessum, tantum praescriptum.“ Diese wird auch ganz angemessen so ausgedrückt: „quale ius possessum, tale praescriptum.“ Will daher Jemand das Recht auf Lehnwaare in Kauffällen durch Verjährung erlangt haben; so muß er die Abentrichtung in mindestens 3 Kauffällen für sich anziehen können. Dagegen genügt es nicht, wenn er nur 2 Kauffälle und als 3. Fall den einer Vertauschung anführt.

Wäre aber auch der Ansicht der vorigen Instanzen darin beizustimmen gewesen, daß alle die Fälle, in welchen die 1. sonderliche Constitution, unter der Voraussetzung einer in rechtlicher Gewißheit beruhenden unbeschränkten Laudemialpflicht, die Abforderung der Lehnwaare gestattet, für in jeder Beziehung gleichartig zu betrachten seien; so würde man darum doch immer noch nicht den Fall von 1834 mit zählen können. Es ist in diesem letzteren Falle überdies auch nur ein geringerer, als der gewöhnliche, Betrag bezahlt worden; daher auch selbst nicht von einer Gleichförmigkeit die Rede sein kann. Wurde ferner von der zweiten Instanz angenommen, daß, wenngleich die Zahlung 1834 nach einem niedrigern Quotalverhältnisse geschehen sei, als 1814 und 1747, sich darum, weil das Mehr das Wenigere umfasse, daher das Wenigere in allen 3 Fällen gegeben worden sei, rücksichtlich dieses Wenigeren, eine Gleichförmigkeit statuirt werden könne; so hat man sich damit nicht einverstehen können. Die Besitzhandlungen müssen sich, wenn sie als Factoren der Adquisitions-Verjährung gelten sollen, als Ausübungen des beanspruchten Rechts characterisiren, indem ein Befugniß nur dann als ersessen betrachtet wird, wenn es die Verjährungszeit hindurch gleichmäßig ausgeübt worden ist Wer daher das Befugniß prätendirt, in Kauffällen ein Lehngeld nach bestimmtem Maaßstabe zu fordern, muß darthun, daß er dasselbe die Verjährungszeit hindurch wirklich stets nach diesem Maaßstabe bezogen hat. Denn hätte z. B. Jemand von einem gewissen Grundstück in 3 auf einander folgenden Kauffällen, 1796, 1820 und 1830, einmal 1 %, das zweite

Digitized by Google

Mal 1½ %, und das dritte Mal ½ % Lehngeld gefordert und erhalten; so würden diese drei Abforderungen offenbar nicht als Ausübungen eines und desselben Rechts erscheinen. Ja man könnte nicht einmal annehmen, daß der angeblich Berechtigte die Verjährungszeit hindurch wenigstens in dem Glauben gestanden, ½ % fordern zu können; denn solchen Falls hätte er nicht in 2 Kauffällen 1, und beziehendlich 1½ % eingehoben.

67.

Fortbestehen der Verbindlichkeit des Hauptschuldners, welcher einen Bürgen gestellt hat.

Erk. vom 12. Octbr. 1847, in S. Pappermann ./. v. Luisi.

Der unbestrittene Satz, daß der Hauptschuldner, welcher seinem Gläubiger einen Bürgen stellt, dessen ungeachtet verbindlich bleibt, dafern er nicht von dem Gläubiger seiner Verbindlichkeit entlassen wird, so wie die in der l. 8. C. de novat. (8. 42.) enthaltene Vorschrift, daß eine Novation nur da, wo solche ausdrücklich erklärt wird, angenommen, und daß insonderheit eine solche auch nicht daraus „si quis aliam personam adhibuerit vel mutaverit, gefolgert werden, sondern die alte Verbindlichkeit neben der neuern fortbestehen soll („nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementam illis accedere") ist in Sachsen nicht nur nicht aufgehoben, sondern in den 66 Decisien vom J. 1661 sogar speciell anerkannt worden, wie solches die Worte: „daß vorige Obligation-, Hypothek- oder Bürgschaftsverschreibung mit ausdrücklichen Worten cessiret und aufgehoben worden, allermaßen dieses in delegationibus, sowohl als anderen novationibus, wofern diese kräftig sein sollen, nothwendig geschehen müsse, deutlich zeigen.

Digitized by Google

68.

Materielle Entscheidung ohne förmliche Klage.

Erk. vom 2. Septbr. 1847, in S. Specht ℳ. Mitzschrelich.

Ein förmlicher ordentlicher Prozeß mit Klage und Einlassung lag nicht vor. Der Impetrat, der Besitzer des Grundstücks, hatte der Impetrantin den Besitz der Auszugs-Lokalitäten entziehen und sie auf die Mitbenutzung seiner Wohnstube beschränken wollen. Die Letztere bat bei Gericht um Schutz im Besitz und um Verhör. In diesem beschied das Gericht dieselbe, daß sie, wenn sie mehr als einen Platz in der Wohnstube beanspruche, dies auf dem Wege der Klage thun müsse. Auf eingewendete Appellation verordnete das Appellationsgericht, weil eine Entscheidung über die fragliche Differenz mittelst bloßer Resolution bedenklich erscheine, daß, nach vorheriger Anberaumung eines Inrotulationstermins, in der Sache erkannt werden solle. Wendete auch der Impetrat ein Rechtsmittel dagegen nicht ein; so behauptete er doch in einer Vorstellung vor dem anberaumten Inrotulationstermine, daß zur Zeit, nach Lage der Sache, lediglich über die Angemessenheit der erstinstanzlichen Resolution, nicht über das Recht selbst entschieden werden könne, und bat um Nachlassung von Klaganstellung für beide Theile, die Impetrantin dagegen um eine Entscheidung über jene Berechtigung selbst.

Es war daher der erkennenden Behörde ganz anheim gegeben, entweder, nach Befinden, über das Recht selbst zu sprechen, oder blos ein zugleich das Verfahren und die Vertheilung der Partheirollen betreffendes Interimisticum zu ertheilen.

Nicht allein die Rechtskraft der zweitinstanzlichen Verordnung, sondern das Gesetz selbst brachte dies mit, denn wird auch im Anhange der E. P. O. §. 1. der unbestimmte summarische Prozeß in Sachsen für unzulässig erklärt; so ist doch, nach der in der Erledigung der Landesgebrechen vom J. 1661 Tit. Von Justitiensachen §. 13. für die vormalige Landesregierung ertheilten in der E. P. O. Tit. 1. §. 6. auch auf die übrigen Gerichtsbehörden erstreckten, und durch das Gesetz C. vom 28. Januar 1835. §. 23. Nr. 4., verbunden mit der Verordnung vom 28. März 1835. §. 29. Nr. 3. a., lediglich in so weit, als von den höheren

Digitized by Google

Behörden nicht sofort in erster Instanz selbst entschieden werden soll, modificirten Vorschrift, nicht in allen Sachen ohne Unterschied ordentlicher Prozeß zu verstatten, sondern „in denen Händeln, so entweder ex confessione partis, unstreitigen Documenten, ertheilten Abschieden und Judicatis, oder aus ergangenen Acten also bald erweislich, sogleich summarisch zu decretiren." Geschieht dies nicht von der Unter-Instanz, so hat dies die durch ein zulässiges Rechtsmittel dazu aufgeforderte zweite oder dritte Instanz nachzuholen, dafern sie die Sachlage dazu für geeignet findet.

69.

Die eherichterliche Supplirung des elterlichen Heiraths-Consenses vertritt letztren nicht allenthalben,

Erk. vom 15. Septb. 1818, in S. Kutzner ./. Berwei.

Der Beklagte hatte in einer Urkunde sich verbindlich gemacht, der Klägerin, wenn er sie nicht bis zu einer bestimmten Zeit heirathe, ein Abstandsquantum zu zahlen. Jener Fall trat ein, und die Klägerin forderte das Abstandsquantum. Beklagter excipirte, seine Mutter habe ihre Einwilligung versagt. Die erste und zweite Instanz fanden diesen Einwand iedoch ungenügend, da, wenn es des Beklagten Ernst gewesen, die Klägerin zu ehelichen, es ihm freigestanden habe, beim Ehegericht auf Supplirung des mütterlichen (Beklagtens Vater war längst todt) Consenses anzutragen. Andrer Meinung war die dritte Instanz. Sie sagte: der Beklagte hat sich verbindlich gemacht, der Klägerin 250 Thlr. zu zahlen, dafern, nach Erlangung des Consenses seiner Mutter er zu gesetzter Zeit sich nicht würde mit der Klägerin verheirathet haben. Nun hat aber in einem stattgefundenen Verhör des Beklagtens Mutter erklärt, daß sie zu einer solchen Heirath nie ihren Consens geben würde. Anders aber, als durch eheliche Supplirung wird dieser nicht zu erlangen sein. Gesetzt nun aber, diese Supplirung stünde zu erlangen; so würde damit sich der Mangel des mütterlichen Consenses nur ander-

Digitized by Google

weit (unter jener bestimmten Erklärung im Verhör) darlegen. Denn offenbar ist dasjenige nicht vorhanden, dessen Stelle zu vertreten, ein Surrogat dienen muß. Jener Mangel besteht demnach noch, und es wird, jener Erklärung nach, vorauszusetzender Weise auch für die Zukunft an der Bedingung fehlen, unter welche Beklagter die alternative Verbindlichkeit übernahm: entweder die Klägerin zu ehelichen, oder ihr das bedungene Abfindungsquantum zu zahlen. — Hieraus erhellt, daß die in den Gründen der vorigen Instanzen enthaltene Hinweisung auf den möglicherweise zu supplirenden Consens kein Moment für Aufrechterhaltung des gedachten Anspruchs enthält, abgesehen selbst davon, daß keineswegs vorliegt, ob, nach Cognition über die zur Zeit unbekannten Motiven, aus welchen die Mutter den Consens verweigert, das Ehegericht dieselben würde für unbegründet zu erachten gehabt haben.

Als gegen dieses Erkenntniß die Klägerin appellirte, wurde dasselbe in letzter Instanz bestätiget, und dabei nur noch bemerkt, daß die Fassung des Vertrags Zweifel darüber zulasse, ob Beklagter nur unter der Voraussetzung und Bedingung der Klägerin die Ehe versprochen habe, daß von seiner Mutter ihre Einwilligung zu dieser Ehe gegeben werde, oder ob er dieses Versprechen auch für den Fall gegeben habe, wenn seine Mutter nicht einwilligen und er genöthigt sein sollte, die gesetzlich vorgeschriebenen Schritte, wegen Supplirung des mütterlichen Consenses, zu thun. — Für die erstere Annahme spricht der Umstand, daß es voraussetzlich sowohl aus moralischen Rücksichten, als auch in Beziehung auf die künftigen Vermögens-Verhältnisse, einem Kinde nicht gleichgültig sein kann, ob es mit oder ohne Einwilligung der Eltern ein Ehebündniß eingeht. Es kann daher sehr leicht als Bedingung der Gültigkeit eines Eheversprechens die elterliche Einwilligung aufgestellt werden. — Für die zweite Annahme ist dagegen weder in deren Vertrag selbst, noch in der Klage etwas enthalten. Insbesondere hat Klägerin in derselben durchaus keine Thatsachen angeführt, wodurch der Sinn des Vertrags erläutert würde, und woraus man folgern könnte, daß der Beklagte, auch wenn seine Mutter in die Ehe mit der

Digitized by Google

Klägerin nicht einwilligen würde, durch Supplirung des Consenses durch die competente Behörde die Ehe mit der Klägerin zu ermöglichen versprochen habe.

70.

Was ist testis idoneus?

Erk. vom 27. Novbr. 1847, in S. Bernstein. ./. Geißlersches Creditwesen.

Das in l. 9. C. de test. (22. 5.) gebrauchte Wort „idoneus" kann zu dem Zweifel, daß nicht die völlige Unzulässigkeit von Kindern und Eltern als Zeugen für einander, sondern nur so viel habe ausgesprochen werden sollen, daß sie keine völlig glaubwürdigen Zeugen seien, keine Veranlassung geben. Dies ergiebt sich, abgesehen von der dramatischen Bedeutung des Wortes „idoneus" schon daraus, daß das in l. 6. C. enthaltene Rescript der Kaiser Diocletian und Maximilian aus den „receptis sententiis" des nämlichen Paulus — lib. V. Tit. 15. 4. 3. —

Schulting, Juris-prud. vet. Antejust. pag. 488.

entlehnt ist, von welchem die angezogene l. 9. D. de testib. herrührt, in dem gedachten Rescripte, aber in Bezug auf das Verhältniß der Eltern und Kinder als Zeugen, der Ausdruck gebraucht ist: „admittendi non sunt".

71.

Kinder als Zeugen gegen die Eltern.

Das vorige Erkenntniß.

Der Kläger wollte aus dem Grunde die Zulässigkeit der Kinder als Zeugen behaupten, weil in l. 6. C. de test. (22. 5.) nur der Fall gedacht sei, wo Kinder und Eltern gegen einander als Zeugen auftreten sollen, während es sich in vorliegendem Fall von dem Zeugnisse der Tochter für den Vater handle. Derselbe übersah aber hierbei, daß, wenn es in der gedachten Gesetz-

Digitized by Google

ſtelle heißt: parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt", das Gewicht auf die Worte „nec volentes" zu legen iſt, und daß, wenn die Geſetzgeber ſelbſt in dem Falle, wo Eltern und Kinder gegen einander Zeugniß abzulegen erbötig ſind, ſie als Zeugen nicht für zuläſſig erklären, mit um ſo mehr Grund ihre Zuläſſigkeit dann angenommen werden muß, wenn ſie für einander zeugen wollen oder ſollen.

Uebrigens iſt der Grund der Unzuläſſigkeit der Eltern und Kinder zum Zeugniſſe für und gegen einander ein in der Natur der Sache liegender allgemeiner: „quia" — wie ſich der Juriſt Paulus in ſeiner sentent. rec. l. c. bei Gelegenheit des in l. 6. C. de testib. wiederholten Ausſpruchs ausdrückt — „rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit" daher auch der Anſicht derjenigen Rechtslehrer nicht beigeſtimmt werden kann, welche die völlige Unzuläſſigkeit der Eltern und Kinder als Zeugen in ihren gegenſeitigen Angelegenheiten nur auf den Fall der noch beſtehenden väterlichen Gewalt beſchränken.

Voët, Comment. ad Dig. Tit. de testib. §. 3.

Glück, Erläut. der Pand. Th. 22. S. 146. flg.

Von der Praxis iſt nun zwar in Ehe- und Dotal-Streitigkeiten eine Ausnahme von der eben erörterten Regel gemacht worden; allein dieſe Ausnahme iſt ſtreng in ihren Grenzen zu halten, und ein Fall, wo dieſelbe Anwendung finden könnte, liegt hier nicht vor.

72.

Käufe mit Miethvertrag.

Erk. vom 7. März 1848, in S. Becks u. Conſ. ℳ. Rottarius.

Es wird bisweilen ein Kauf über bewegliche Sachen dergeſtalt abgeſchloſſen, daß der Verkäufer dieſelben miethsweiſe an ſich behält. War hiebei die Abſicht der Contrahenden darauf gerichtet, daß das Eigenthum der Sache wirklich auf den Käufer übergehen ſollte, ſo hat man einen zu Recht beſtändigen Kauf vor ſich.

Digitized by Google

Funke, Beiträge zur Erläuterung pract. Rechtsmaterien. S. 212. flg.

Anders ist das Verhältniß, wenn die Contrahenten die Form des Kaufvertrags dazu brauchen wollen, um den nominellen Käufer einer beweglichen Sache durch diese, ohne deren wirkliche Uebergabe, eine Sicherstellung, wegen einer Anforderung, zu gewähren. Hier ist der Kauf nur ein Scheingeschäft, welches zum Zweck hat, die Vorschrift der E. P. O. Tit. 44. §. 2. zu umgehen. Nach dieser ist nämlich in rebus mobilibus weder eine gerichtliche, noch außergerichtliche Verschreibung von einiger Wirkung; sondern es soll lediglich derjenige, welcher ein Pfand übergeben erhalten hat, und wirklich besitzt, ein dingliches Recht daran haben, während ein constituum possessorum, oder eine traditio ficta hiebei nicht zu beachten ist.

73.

Der Beweis einer Bedingung bei einem geschlossenen Kaufe.

Erk. vom 26. Januar 1848, in S. Zeleschki ./. Kühne.

Der Beklagte wünscht in dem erkannten Eide die Bedingung: „wenn Kläger längstens Sonnabends, den 5. Septb. 1846, früh um ½ 8 Uhr das Korn, (welches er von Ersterem erkauft) abhole", aufgenommen zu haben. Man nahm aber darauf keine Rücksicht. Zwar kann dieselbe als eine Resolutiv-Bedingung nicht betrachtet werden, da eine solche eine Thatsache voraussetzt, durch deren Eintritt ein bereits in voller Wirksamkeit bestehendes Rechtsverhältniß wieder aufgelöset wird, und daher zu ihrem Begriffe gehört, daß, während die Bedingung noch schwebt, der Vertrag entweder vollständig erfüllt, oder wenigstens so weit perfect sei, daß ohne Weiteres auf Erfüllung geklagt werden könne.

Thibaut, Ueber Bedingungen; in dessen civil. Abhandlungen. S. 361. und 363.

Zimmer, Ueber Resolutiv-Bedingungen; im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 5. Nr. IX. S. 234 flg.

Digitized by Google

Wilhelm Sell, Ueber bedingte Traditionen. Zürich. 1839. S. 181. flg.

In vorliegendem Falle aber sollte, wie Beklagter behauptet, die Gültigkeit des Vertrags davon abhängen, ob Kläger sich am 3. Tage zur bestimmten Stunde einfinden würde, um das Getreide abzuholen. Vorher hatte noch kein Theil ein Recht, nicht einmal ein widerrufliches, erlangt, und konnte weder auf Uebergabe der Sache, noch auf Bezahlung des Kaufgeldes geklagt werden.

Aber auch, wenn man die Bedingung als Suspensiv-Bedingung betrachtet, ist zu einem andern Resultate nicht zu gelangen. Denn sie gehört nicht zu dem Wesen des Kaufes; sie versteht sich nicht von selbst; sie stellt sich vielmehr als eine Thatsache dar, durch welche die Gültigkeit des Kaufs, sofern er übrigens in seinen wesentlichen Bestandtheilen vollendet war, suspendirt werden sollte. In einem solchen Falle hat der Beklagte zu beweisen, daß die Bedingung hinzugefügt worden sei.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F Bd. 1. N. VII. S. 390. flg.

Es würde daher auf Beweis dieser Einrede zu erkennen gewesen sein, wenn Beklagter den Grund der Klage eingeräumt hätte.

74.

Ansprüche der Notherben bei einem Verkaufe um zu wohlfeilen Preis.

Erk. vom 17. Jan. 1847, in S. Kunze und Gen. ./. Kunze.

Hat ein Vater bei Lebzeiten sein Grundstück an Eins seiner Kinder um einen so geringen Preis käuflich überlassen, daß dadurch der seinen übrigen Kindern gebührende Pflichttheil verkürzt wird: so kann darauf, ob der Vater den Werth des Grundstücks gekannt oder nicht, und ob er durch den Verkauf eine Liberalität speciell und ausdrücklich beabsichtiget habe, oder nicht, ein Unterschied nicht gesetzt werden. Der eine Schenkung enthaltene, zu wohlfeile Verkauf an sich und der dadurch eintretende Erfolg

Digitized by Google

der Verkürzung der Notherben, nicht der Beweggrund des Verkäufers, giebt den Notherben eine begründete Beschwerde über die Verletzung ihres Antheils auf den Pflichttheil, welche in den Gesetzen und der Praxis — l. 36. pr. und §. 2. C. de inoff. testam. (3. 28.) Nov. 1. praes. §. 1.

Glück, Erläut. der Pand. Bd. 7. §. 346. S. 72.,

Curtius, Handb. des S. Civ.-Rechts. Bd. 2. §. 694.

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. Jahrg. 1846. S. 287. flg.,

als eine natürliche und gesetzliche Schuld bezeichnet wird. Dieses den Notherben zustehende gesetzliche und natürliche Recht ist und bleibt dasselbe, es möge sich der Erblasser, als er die den Pflichttheil verkürzende Handlung vornahm, dabei gedacht haben was er wolle. Würde in dem Falle, wenn ein Vater, dessen Vermögen in Grundstücken und Mobilien bestehet, in der Meinung, daß deren Werth mehr nicht, als etwa 2000 Thlr. betrage, dem Einen seiner Kinder testamentarisch dieses sein Vermögen bescheidet, mit der Anordnung, dem Andern 1000 Thlr. nach des Erblassers Ableben auszuzahlen, dieser aber mit 1000 Thl. bedachte Notherbe, unter dem Anführen, es habe sich der Erblasser geirret, indem der Werth der Grundstücke und Mobilien 4000 Thlr. betragen hätte, auf die Erfüllung seines nach dieser Höhe zu berechnenden Pflichttheils klagt, ganz gewiß eine Einwendung darauf nicht gesetzt werden, daß der Erblasser daran, gegen das eine Kind eine größere Gunst, als gegen das andere zu bethätigen, nicht gedacht habe; so ist in der That nicht abzusehen, warum in dem Falle, wenn der Vater bei seinen Lebzeiten dem einen Kinde ein Grundstück so wohlfeil verkauft, daß dadurch das andere Kind im Pflichttheil verkürzt wird, der Nachweis einer auf Ausübung einer Lieberalität, auf Begünstigung des einen Kindes, speciell gerichteten Handlung zu verlangen sein solle.

Allerdings wird, wenn der Vater mehrere Kinder bei Lebzeiten sein Grundstück an Eins derselben verkauft, wohl in der Regel anzunehmen sein, es sei dem Contrahenten die Beschaffenheit und wenigstens der ungefähre Werth oder die Ertragsfähigkeit des Grundstücks bekannt gewesen, und es sei die Absicht

Digitized by Google

dahin gegangen, durch Bestimmung eines billigen Preises den Käufer so zu stellen, daß der Erkauf nicht mit allzugroßen Opfern und Sorgen verbunden werde. Es wird also, der Erfahrung gemäß, in der Ueberlassung des Grundstücks selbst eine Begünstigung des Abnehmers zu erblicken sein. Nun folgt auch hieraus nicht so viel, daß in dem Falle, wenn bei einem solchen Verkaufe durch Bestimmung eines unverhältnißmäßig geringen Preises eine Verletzung der übrigen Kinder des Verkäufers in dem ihnen gebührenden Pflichttheil herbeigeführt worden sein sollte, ihr nach dem Tode des Verkäufers zu erhebender Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils nur unter der Bedingung, wenn der Erblasser den Mehrwerth wirklich genau gekannt, und durch den Verkauf um einen billigeren Preis eine Schenkung an den Käufer speciell beabsichtiget hätte, für begründet zu erachten, und daß von ihnen, bei Geltendmachung des Anspruchs wohl gar noch darauf, es habe eine solche Kenntniß und Absicht bei dem Verkaufe stattgefunden, Bezug zu nehmen und dies nachzuweisen sei.

Für eine solche Ansicht läßt sich auch nicht, wie dies von Einigen geschieht, auf l. 38. D. de cout. emt. vend. (18. 1.), und l. 5. §. 5. D. de donat. inter vir. et ux. (27. 1.) eine Unterstützung entnehmen. Der Inhalt dieser Gesetzstellen zeigt deutlich, daß sie überhaupt von dem Rechte des Notherben nicht handeln, und zur Beurtheilung der dieses Recht betreffenden Fragen eine analoge Rechtsnorm nicht, wenigstens nicht weiter darbieten, als darin der ohnehin von selbst sich verstehende Satz anerkannt wird, daß bei dem Verkaufe um einen hinter dem wirklichen Werthe zurückbleibenden geringern Preis der Betrag des Mehrwerths als dem Käufer geschenkt anzusehen ist.

Eben so wenig hat die Praxis bei einem solchen Verkaufe um zu wohlfeilen Preis auf den Beweggrund und Absicht des Verkäufers etwas gesetzt, sondern blos auf den Erfolg gesehen, nemlich darauf, ob wirklich durch die Bestimmung eines unverhältnißmäßig zu geringern Preises der Pflichttheil verkürzt worden sei. Außer in der, in den

Mittheilungen des Voigtländ. jurist. Vereins. Heft. 2. Nr. 5. S. 37.

Digitized by Google

abgedruckten Entscheidung, in S. Bertram und Gen. ./. Becker (1836) ist dies wiederholt geschehen, z. B. in S. Langermanns cur. stat. ./. Langerman und Gen. (30. Januar 1838.), in S. Krehls ./. Krehl (7. Septb. 1841.), in S. Stelzerin ./. Stelzerin (2. März 1847.) und in des von Ziegenhirt Nachlaßsache (23. Septbr. 1847.).

75.

Ob ein nicht rechtzeitig präsentirter und protestirter Wechsel auch dann noch für präjudicirt zu achten, wenn den Präsentanten höhere Gewalt an der Präsentation verhindert?

Erk. vom 13. April 1848, in S. Mirus ./. Schramm u. Estermeyer.

Der Anspruch auf Rembours eines Wechsels oder einer kaufmännischen Anweisung, den man mit der Regreßklage zu befolgen hat, setzt allemal die richtige und vollständige Beobachtung der wechselmäßigen Solemnitäten der Präsentation und Protestation voraus. Die Formen sind überall entscheidend für und wider die Zuständigkeit der Regreßklage, und das Wechselgeschäft erscheint, wie in seinen übrigen Beziehungen, auch hier als ein Formalgeschäft. Der Aussteller eines Wechsels übernimmt eine höchst bedenkliche Garantie der Einlösung, die er, dem Inhaber gegenüber, vertreten muß, wenn auch die zur Einlösung erforderlichen Anstalten noch so vollständig getroffen wären, und man darthun könnte, daß diese Einlösung nur durch Zufall, oder durch höhere Gewalt, oder durch die Schuld des Bezogenen vereitelt worden wäre. So muß unfehlbar der Aussteller eines Wechsels, welcher richtig zur Zahlung präsentirt und protestirt worden, den Wechsel mit Zahlung des Capitals, der Zinsen und Spesen boursiren, wenn er auch nachweisen würde, daß der Bezogene vollständige Deckung von ihm in Händen gehabt habe; und eine völlig gleiche Garantie übernimmt auch der Indossant eines Wechsels ohne alle Rücksicht auf die Art und Weise, wie er selbst zum Besitze des Papiers gelangt ist, gegen

Digitized by Google

die künftigen Nehmer des Wechsels. Auf der Härte dieser Garantie beruht das Wechselgesetz, welches die rechtzeitige Präsentation und Protestation als Solemnitäten und als Bedingung der Regreßklagen vorschreibt, und deren Vernachlässigung mit Verlust der Regreßnahme verpönt, selbst dann, wenn es entschieden vorläge, daß, wenn auch die Solemnitäten richtig beobachtet gewesen wären, dennoch der Wechsel unbezahlt geblieben wäre. Die hier (in der vorliegenden Rechtssache) in Anregung gekommenen Fragen, ob der Wechsel, der nicht rechtzeitig präsentirt und protestirt worden, selbst dann noch für präiudicirt zu achten sei, wenn der Präsentant durch höhere Gewalt abgehalten worden, den Wechsel tempestiv zur Zahlung zu präsentiren, hat allerdings in und außer Sachsen verschiedene Beantwortung gefunden. Bei Entwerfung einer Wechselordnung für das Königreich Sachsen und bei den Verhandlungen der Sächsischen Kammern (vrgl. §. 66. des von den Ständen genehmigten Entwurfs eines Wechselgesetzes für das Königreich Sachsen) hat man sich aber entschieden dafür ausgesprochen, daß das Präiudiz selbst dann eintrete, wenn die Präsentation und Protestation durch höhere Gewalt verhindert oder verzögert worden, daß mithin, unter solchen Umständen, die wechselmäßige Regreßklage verloren sei, und dem Präsentanten solchenfalls nur eine Civilklage wider den zustehen könne, welcher sich, wenn der Wechsel nicht honorirt worden, mit seinem Schaden bereichern würde, eine Klage nämlich, welche nicht unbedingt auf Bezahlung der verschriebenen Summe und Zinsen, und iedenfalls nicht auf Spesenvergütung, sondern welche eigentlich nur wider den Aussteller selbst, und nicht wider spätere Garante des Papiers gerichtet werden kann, indem der Fall einer solchen, zum Schaden des Inhabers eintretenden Bereicherung nicht leicht anders erdacht werden kann, als wenn der Aussteller es an der völligen Anschaffung bei dem Bezogenen mangeln lassen.

Bei der eigentlichen wechselmäßigen Regreßnahme ist der Umstand, welche Bewandniß es mit der Bedeutung des Wechsels habe, völlig indifferent. Denn nicht nur der Aussteller muß mit voller Zahlung an Capital, Zinsen und Spesen einlösen, auch wenn er den Bezogenen die allerreichlichste Anschaffung ge-

Digitized by Google

macht hätte, ſondern auch jeder Indoſſant, der präſumtiv, und gewiß in den allermeiſten Fällen, den Wechſel titulo onoroso erworben, muß auf gleiche Weiſe und in gleichem Umfange Rembours leiſten, lediglich in Gefolge der durch das Indoſſement übernommenen wechſelmäßigen Garantie. Es kommt mithin, wenn man dem Inhaber des Wechſels eine Regreßklage auf einen per vim maiorem verzögerten Proteſt einräumt, im Weſentlichen darauf an, daß man Gründe aufſtellen muß, weßhalb man ein Unglück, welches den Inhaber aber auch die Vertreter des Wechſels, Einem wie dem Andern, ohne ſein Verſchulden treffen würde, von dieſen Vertretern übertragen laſſen ſollte. Aber an einem ſolchen Grunde fehlt es durchaus. Wenn man dem Inhaber, nach einem verſpäteten Proteſt, die Regreßnahme abſprechen muß; ſo geſchieht dies um der Natur des Formalgeſchäfts willen, daß man den Ausſteller und die Indoſſanten lediglich in der Maße zur Zahlung verbindlich macht, wie ſolche buchſtäblich übernommen.

Wenn bei Ausſtellung des Wechſels der Tag feſtgeſtellt worden, an welchem die Zahlung erfolgen ſoll, ſo liegt darin die Beſtimmung eines termini ad quem für den Ausſteller, bis zu welchem er für die Gefahr bei dem Geſchäft unbedingt einſtehen ſoll. Wenn man ihm die Vertretung des Papiers noch über dieſen Zeitpunkt hinaus anſinnen ſollte, ſo geſchieht dies jedenfalls, nicht in Gemäßheit der Scriptur, welche doch bei den Formalgeſchäften, und namentlich nach der Natur des Wechſelgeſchäfts, allein maßgebend iſt, wenn es auf Zulaſſung einer Wechſelklage ankommt. Es treten demnächſt aber noch beſondere Rechtsgründe zuſammen, weshalb man in dem Inhaber des Papiers den erkennen muß, der die Wirkungen der vis maior — des casus und zwar des reinen casus — über ſich ergehen laſſen muß. Denn der Inhaber iſt dominus des Papiers, und in wiefern deſſen Abſendung zum Incaſſo eine Anſtalt, eine Handlung vorausſetzt, auch dominus, Dirigent dieſer Anſtalt und dafür gilt die Rechtsregel: „casum sentit dominus“.

Zudem iſt die von Beklagten in Anregung gebrachte Frage, ob in gegenwärtigem Falle wirklich ein reiner Zufall eingetreten,

Digitized by Google

und gar keine Spur einer Verschuldung vorliege? allerdings nicht unwichtig. So viel ist gewiß, daß, wenn der hier eingetretene Erfolg der Verspätigung irgend abzuwenden gewesen wäre, die Anstalt hierzu nicht von dem Aussteller oder den Indossanten getroffen werden könne, die nicht im Besitze des Papiers sind, in der Regel nicht einmal Wissenschaft davon haben, wo und in wessen Händen sich der Brief befindet. Daß aber von vis maior nicht, sondern von casus die Rede ist, wenn das Schicksal der Verspätigung auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit voraus zu setzen war, und der Inhaber, dieser Bedrohung ungeachtet, die zeitigere Einsendung unterlassen, daran kann nicht gezweifelt werden.

Abgesehen nun davon, daß das Wechselgeschäft gerade darum nothwendig durchgehends als ein Formalgeschäft behandelt werden muß, um allgemeine, gültige und anerkannte Regeln für seine Beurtheilung zu gewinnen; so zeigt sich auch gerade in diesem Falle am deutlichsten, zu welchem Uebelstande bei der Rechtspflege die Vernachlässigung dieser Ansicht führen könnte. Die Bemessung einer Vernachlässigung unterliegt oft, und zumal in den Fällen, wo die Verschuldung in der Unterlassung bestehen soll, einer sehr verschiedenen Beurtheilung des Richters und beruht nicht selten auf der Individualität eines Richters, der hierbei sein billig richterliches Ermessen zu befolgen hat. Wollte man die Zuständigkeit der Regreßklage auf dieser Aequität des Richters beruhen lassen, so würde damit ein Zustand der Unsicherheit ins Wechselgeschäft gebracht, der die Interessenten auf die bedenklichste Weise gefährdet, da es z. B. wohl vorkommen könnte, daß der Richter den nächsten Vormann des Inhabers zum Rembours anhalten zu müssen glaubte, weil ihm reiner casus vorzuliegen geschienen, wogegen andere Richter, welche bei Fortstellung des Regresses competent sind, ihrer Ueberzeugung zu Folge, die Regreßklage abweisen müßten, weil sie das Benehmen des Inhabers nicht von aller Verschuldung frei achten würden.

Anmerkung. Das unterm 26. Novbr. 1848 erlassene, den 1. Mai 1849 in Wirkung tretende, die Einführung einer allgemeinen Wechselordnung für Deutschland betreffende Gesetz —

Digitized by Google

Reichs-Gesetz-Blatt 1848. 6. Stück, S. 19 fl. — enthält über die vorstehend behandelte Frage nichts.

76.

Die Freiheit, auf seinem Grundstücke zu bauen.

Erk. vom 15. Juni 1848, in S. Fehrmann ./. von Burgk.

Die beiden Pandektenfragmente, auf welche sich der Kläger bei dem Gesuche um sofortige Verurtheilung des Beklagten stützt, treten ihm nicht zur Seite. — In der l. 14. D. de serv. praed. urb. (8. 2.) gedenkt Papinius Justus eines Rescripts der Kaiser Antonius und Verus, worin diese dem Eigenthümer eines freien Platzes, dafern ihn kein Servituten-Verhältniß daran hindert, für berechtigt erklären, den Platz mit einem Hause zu bebauen, doch mit der Bemerkung der gesetzlichen Entfernung von dem benachbarten Gebäude („a vicina insula"). Dieses Rescript paßt hier nicht, weil es von städtischen Grundstücken, nicht von ländlichen, und von einem Zwischenraume zwischen dem neu zu errichtenden und dem bereits stehenden Gebäude, nicht zwischen dem neu zu errichtenden Gebäude und der Grenze des dem Nachbar zugehörigen freien Platzes spricht. — Daß die in l. 13. D fin. reg. (10. 1.) enthaltene Ansichten des Juristen Cajus, wonach bei der actio finium regundorum das zu berücksichtigen sei, was einem Gesetze entspreche, welches Solon zu Athen gegeben haben soll („ad exemplum legis, quam Athenis Solon dicitur dedisse") und der Inhalt dieses angeblichen Solonschen Gesetzes überhaupt als ein Gesetz nicht betrachtet werden könne, lehrt schon der Inhalt, un des ist dies umständlich in

v. Langenn und Kori Erörterungen prakt. Rechtsfragen. Th. 2. Nr. 23. S. 250 flg. 2. Ausg.

dargelegt worden, mit der ganz richtigen Hinweisung auf andere Stellen im römischen Gesetzbuche, insonderheit z. B. auf l. 8. §. 5. D. si serv. viad. (8. 5.), l. 24. §. 12.. l. 26. D. de damno inf. (39. 1.), auch l. 14. §. 1. C. de servit. (3. 34.), nach welchen der Eigenthümer auf seinem Grundstücke vorneh-

Digitized by Google

men konnte, was ihm beliebte, dafern er dadurch nur nicht in des Nachbars Recht eingriff, oder ihm Schaden zufügte.

Daß dieser Satz auch mit der Deutschen Rechtsansicht übereinstimmt, gehet aus dem Sächsischen Landrechte, Bd. 2. Art. 49., 51. und dem Weichbilde Cap. 122. hervor, indem hier specielle Beschränkungen angegeben werden, deren sich der Eigenthümer des Grundstücks, hinsichtlich der Gebahrung auf seinem Eigenthum unterwerfen muß.

Die specielle beschränkende Bestimmung, daß Niemand die Traufe in des Nachbars Hof hängen, und daß die Anlegung von Backöfen, Heimlichkeiten und Schweinskoben nur in einer Entfernung von 3 Fuß von der Gränze des Nachbars geschehen dürfe, wäre völlig überflüßig gewesen, und würde keinen Sinn gehabt haben, hätte im Allgemeinen der Satz bestanden, daß bei der Errichtung eines neuen Gebäudes ein 5 Fuß betragender Raum von der Grenze des Nachbars an frei bleiben müsse.

Der Kläger hat also nicht den geringsten Anlaß zur Beschwerde darüber, daß ihm der Beweis der Behauptung aufgegeben worden ist, es werde ihm von dem Beklagten, in Folge der Erbauung eines neuen Schuppens an der Grenze die Duldung der Traufe oder des Wasserlaufs von dem neuen Gebäude angemuthet.

77.

Der Kauf ist erst nach vollständigstem Consens der Partheien für abgeschlossen anzusehen.

Verordnung vom 14. Decbr. 1848, in S. der Gemeinde zu Trünzig ./. Gräfer und den Grafen zu Solms-Wildenfels.

Der Impetrat hatte von dem Mitimpetraten das Gut Trünzig erkauft, und war mit der Impetrantin, wegen des Weiterverkaufs an dieselbe, in Unterhandlung getreten, hatte aber während derselben das Gut an einen Dritten verkauft; wogegen die Gemeinde Widerspruch erhob. Das Appellationsgericht zu D., als Lehnhof, erkannte der Gemeinde Vorbringen, daß G. sich mit ihr über den fraglichen Verkauf geeignet habe, für ausreichend ge-

Digitized by Google

führt, und erklärte, die Protestation gegen iede Veräußerung und Verpfändung zu beachten.

Das Oberappellationsgericht hob diese Verordnung, auf eingewendete Appellation, auf, weil der definitive Abschluß eines Kaufs nicht bescheiniget, und, wenn dies selbst der Fall sei, die obrigkeitliche Genehmigung zur rechtlichen Gültigkeit fehle.

Den ersten Punct anlangend, sprach sich die Oberbehörde, nach Durchgehung der Aussagen der Bescheinigungszeugen, dahin aus. Da, nach Anleitung der Rechte pr. J. de emt. vend. (3. 23.) ein Kauf vollendet sein soll, dafern man über den Preis einig geworden ist, so kommt es grade auf die Vereinigung über Nebenpunkte nicht an. Allein zum Wesen des Kaufs gehört auch, daß der Gegenstand desselben genau bestimmt sei: „si id, quod venierit, appareat, quid quae; quantum sit". l. 8. pr. D. de pericul. et commod. rei vend. (18. 6.), und hierbei kommt es auf die Beschaffenheit des Gegenstandes an. Je umfänglicher dieser ist, desto ausführlicher wird die Bestimmung sein müssen. Wenn z. B. ein Pferd, oder ein Scheffel Korn verkauft wird; so ist, außer der Bezeichnung der species und der Kaufsumme eine weitere Verabredung in der Regel überflüßig. Betrifft es aber ein Rittergut; so sind auch noch mehrere Festsetzungen gewöhnlich, z. B. über die Zubehörungen, das Inventar, die Vorräthe und Nutzungen, Rechte und Gerechtigkeiten, über die Modalität der Zahlung, Uebernahme der Pfandschulden u. s. w. Daher ist in dergleichen Fällen zu Vollendung des Handels eine solche Willensäußerung nothwendig, welche den völligen Abschluß allenthalben außer Zweifel setzt.

Ueberhaupt wird von den Rechtslehrern ein dreifaches Erforderniß zum Wesen des Kaufs erfordert: res, pretium et consensus.

Westenberg, Pandect. lib. 18. tit. 1. §. 3.

Hofacker, Princip. iur. civ. Vol. III. §. 1097. sqq.

Höpfner, Commentar zu d. Institut. §. 863.

und in den Rechtsquellen selbst wird nicht blos consensus in pretio, sondern auch in emtione ipsa vorausgesetzt — l. 9. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.).

Daher muß es dem Verkäufer, obgleich sich der Andere be-

Digitized by Google

reit erklärt, die verlangte Kaufsumme zu geben, erlaubt sein, sich noch nähere Bedingungen zu stibuliren — l. 7. §. 5. D. de pactis (2. 14.), l. 72. pr. D. de contrab. emt., l. 13. C. de pactis (2. 3.) „Pacta adiecta dant legem contractui".

Makeldey, Lehrb. des heut. Röm. Rechts §. 418. Note 1.

Dessen ungeachtet ließ sich vielleicht annehmen, daß, wenn Jemand erklärt, dem Andern sein Gut für eine gewisse Summe verkaufen zu wollen, dieser diese Summe dafür bewilliget, und beide Theile hiermit die Unterhandlung beendigen, der Kauf vollendet sei. Denn hier ist davon auszugehen, daß weitere Bedingungen nicht haben gestellt werden sollen. Wenn aber im Gegentheil die Unterhandlung fortgesetzt wird, indem der Verkäufer sich noch andere Bedingungen vorbehält, welche entweder er, oder ein Dritter bestimmen soll, und wenn der Andere hierauf eingeht, indem er bereit ist, auch darüber zu unterhandeln; so kann von einem völligen Abschlusse des Kaufs nicht die Rede sein, bis auch die weitern Verabredungen getroffen sind. Selbst die Geneigtheit des Kauflustigen, diese Bedingungen im Voraus einzugehen, ändert nichts, weil er dieselben nicht kennt, und der Verkäufer es immer noch in seiner Hand hat, dieselben so hoch zu stellen, daß sie ihm nicht bewilliget werden können.

78.

Kann ein Advocat, welcher eine Recognitions-Registratur zu einem Documente gefertiget, aus diesem letztern als Sachwalter einer Parthei klagen?

Verordnung des Justizministeriums vom 5. Januar 1849.

Der Gültigkeit und Wirkung der Recognitions-Registratur selbst kann es, wenn dieselbe sonst ohne Fehler ist, keinen Eintrag thun, daß derjenige, welcher sie, als richterlicher Beamter, aufgenommen hat, späterhin als Sachwalter eines Betheiligten, zu Verfolgung eines Anspruchs, sich auf die nemliche, gerichtlich anerkannte Urkunde stützt; sondern die Frage kann blos darüber sein, ob der Verfasser der Recognitionsregistratur, wenn

Digitized by Google

in der Folge aus der bezüglichen Urkunde gerichtliche Klage erhoben, oder derselbe sonst als Beweismittel im Prozesse benutzt wird, als Sachwalter und Vertreter einer Partei zugelassen werden dürfe, oder wegen seiner vorausgegangenen richterlichen Thätigkeit unfähig sei, diese Partheistellung einzunehmen? Es würde nun kaum zu rechtfertigen sein, den in l. 6. C. de Postulando (2. 6.) aufgestellten, in seiner Allgemeinheit unbestreitbar richtigen Grundsatz: „quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex", die Ausdehnung zu geben, daß die bloße Aufnahme des gerichtlichen Anerkenntnisses einer Urkunde und die Abfassung der vorschriftsmäßigen Registratur über dieses Anerkenntniß den Verfasser der Registratur unfähig mache, später einmal zu irgend einer Zeit, in einer Sache, in welcher von der nemlichen Urkunde Gebrauch gemacht werden soll, als Sachwalter einer Parthei vor Gericht aufzutreten. Es kann der angeführte Grundsatz nicht blos in der einen Beziehung, daß nemlich derjenige, welcher erst Sachwalter einer Parthei gewesen, nicht hinterher Richter in derselben Sache sein kann, sondern auch in der andren umgekehrten Beziehung zugestanden werden, wiewohl die Gründe, aus denen es durchaus irrationell erscheint, daß Jemand aus der partheiischen Stellung des Sachwalters in die unpartheiische Stellung des Richters trete, es keineswegs gleich irrationell erscheinen lassen, daß derselbe, welcher sich erst in der unpartheiischen Stellung des Richters befunden, späterhin die partheiische Stellung des Sachwalters einnehme, sobald ihn diese Stellung nur nicht in den Fall bringt, seine eigenen richterlichen Handlungen anzugreifen: es soll also auch, von dieser letzten Seite betrachtet, obigem Satze nicht volle Anerkennung versagt werden, wie denn im Allgemeinen angenommen wird, daß Notar und Actuar in Sachen, in denen sie als solche thätig gewesen sind, nicht practiciren dürfen. —

Biener, Syst. pract. §. 38.

Allein derjenigen richterlichen Thätigkeit, auf welche es bei Abfassung einer Recognitions-Registratur ankommt, wobei eben so wenig von Prozeßleitung, als von richterlicher Schlußfassung und Entscheidung das Geringste wahrzunehmen ist, kann eine

Digitized by Google

solche Bedeutung und ein solcher Einfluß nicht beigelegt werden, um von demjenigen, der eben weiter nichts gethan, als eine Recognitions-Registratur abgefaßt hat, mit Recht sagen zu können, er sei in einer Sache, auf welcher der Inhalt der recognoscirten Urkunde mittelbar oder unmittelbar näher oder entfernter sich beziehet, als Richter thätig gewesen. Es müßten daher ganz besondere thatsächliche Verhältnisse und Umstände ins Mittel treten, wenn darin ein Grund zur Ausschließung eines Sachwalters von einer Sache gefunden werden solle.

79.

Ladungen und Auflagen in Rechnungssachen.

Erk. vom 16. Decbr. 1847, in S. Sportelfiscalat. ./. v. Hartitzsch.

Der Satz, daß der Richter mit den zu erlassenden Ladungen und Auflagen die Androhung von Rechtsnachtheilen für den Fall der Nichtbefolgung anders nicht verbinden dürfe, als in so weit ihn hierzu gesetzliche Vorschriften oder rechtskräftige Entscheidungen ermächtigen und verpflichten, hat zwar an sich auch in Sachsen Geltung, in vorliegender Sache aber keine Anwendung.

Für das Verfahren im Rechnungs- und Defecturprozesse bestehen speciell gesetzliche Formen nicht; es müssen also die in den Prozeßgesetzen enthaltenen Vorschriften über den ordentlichen Prozeß in Anwendung kommen, insoweit nicht die Natur der Sache Modificationen mit sich bringt, welche indessen immer nicht mit den Grundprincipien der Prozeßgesetzgebung in Widerspruch treten dürfen.

Der Beschaffenheit der Sache gemäß, muß, sobald eine Rechnung abgelegt (ein Inventarium oder eine Specification übergeben) worden ist, der Interessent (Defectant) bei Zufertigung der Rechnung aufgefordert werden, sich darüber zu erklären, und seine etwaigen Erinnerungen oder sonstigen Einwendungen dagegen vorzubringen.

Diese Verbindlichkeit steht der im ordentlichen Prozesse den

Digitized by Google

Beklagten betreffenden Obliegenheit ganz gleich, sich auf die Klage nebst Beilagen einzulassen und seine Einreden damit zu verbinden, oder selbst wenn man (wogegen jedoch erhebliche Bedenken sich erregen lassen) den Rechnungsableger als Beklagten und die von dem Gegner dawider zu erhebenden Erinnerungen als Klage anzusehen, mithin in der Rechnungsablegung eine Aufforderung zu Anstellung der Klagen zu erblicken hatte, der Verbindlichkeit mit diesen Klagen hervorzutreten.

Wird nun in der E. P. O. Tit. 4. §. 1. der früher bestandene Gerichtsbrauch, es anfänglich mit einer Ladung, ohne Androhung eines Rechtsnachtheils, zu versuchen, abgeschafft, und vorgeschrieben, daß in allen und jeden Sachen gleich die erste Citation sub praeiudicio erlassen, das Präjudiz nach Gelegenheit des Prozesses und der Umstände eingerichtet, dagegen aber auch zu Befolgung der richterlichen Verfügung eine volle Sächsische Frist verstattet, und dies auch im Fortgange des Prozesses, ohne Unterschied, ob es den Kläger oder Beklagten, ingleichen Impetranten oder Impetraten betreffe, bei allen und jeden Citationen, welche unter einer gewissen Commination geschehen, so gehalten werden solle; so würde es mit der aus der allgemeinen Fassung unverkennbaren Tendenz und dem Sinne des Prozeßgesetzes nicht im Einklange stehen, wollte man im Rechnungsprozesse noch das ehemalige Verfahren mit Citationen und Auflagen ohne Commination beibehalten, und dadurch die Weiterung veranlassen, daß noch erst darüber, ob der Gegner des Rechnungslegers sub praeiudicio zur Erklärung aufgefordert werden könne, gehalten und, praevio termino inrotulationis, mittelst förmlichen, dann auch der Berufung auf die zweite und dritte Instanz ausgesetzten Erkenntnisses, entschieden werde.

Daß die Verbindlichkeit zu Ablegung einer Rechnung oder Herausgabe einer Specification, in der Regel wenigstens, von dem Rechte sich nicht trennen lasse, von dem Gegner eine Erklärung über die Rechnung oder Specification zu verlangen, bedarf keiner umständlichen Nachweisung.

So wie diese Ansicht den in der Allgemeinen Vormundschafts-Ordnung vom 10. October 1782. Cap. 17. §. 9. und

Digitized by Google

Cap. 18. §. 4. enthaltenen Bedingungen unterliegt; so ist solche auch in der Praxis vielfach, besonders in dem Oberappellationsgerichte jederzeit als die richtigere befolgt worden.

80.

Alimente für eheliche Kinder.

Erk. vom 11. Novbr. 1847. in S. Röderin ./. Röder.

Daß ein Vater seine Kinder selbst zu erziehen und zu ernähren verbunden ist, ist ein an sich richtiger Satz; allein es folgt daraus noch nicht, daß einer von ihrem Ehemanne getrennt lebenden Ehefrau, wenn sie während dieser eigenmächtigen Trennung für die Ernährung ihrer Kinder gesorgt hat, unter allen Umständen, der diesfallsige Aufwand wieder ersetzt werden müsse. Denn da sie in der vergangenen Zeit die Ehefrau des eigentlichen Ernährers gewesen; so schlagen allerdings alle die Rechtsfragen des Nießbrauchs und Adquästus hier ein, vermöge deren präsumirt wird, daß die Ehefrau aus ihrem Verdienste die Kinder ernährt habe. Was dagegen die zukünftigen Alimente betrifft; so hat die Ehefrau in einer diesfallsigen Klage anzuführen, daß Jener die Annahme der Kinder zur selbsteigenen Erziehung verweigere, oder diese letztere, im Wohle der Kinder, nicht bewirken könne.

81.

Die Einrede des Falsums oder des Betrugs im Civilprozesse.

Erk. vom 18. Novbr. 1847, in S. Hauswald ./. Müller und Lange.

In der vorigen Instanz wurde erkannt, daß, weil, wegen einer vorliegenden Quittung, eine Criminal-Untersuchung anhängig und noch nicht beendigt sei, noch zur Zeit weder auf einen Eid, noch sonst materiell habe erkannt werden können, sondern der Prozeß, in Gemäßheit der 88. Decis. vom

Digitized by Google

Jahre 1661 einstweilen zu fistiren gewesen sei. Nach dem Inhalte dieses Gesetzes soll nämlich dann, wenn die Frage über das Falsum dem in der Civilsache streitigen Punkte gradezu entgegensteht, die Untersuchung vorangehen und die Civilsache bis nach Entscheidung der letztern ausgesetzt bleiben. Bei Prüfung des hieraus sich ergebenden Resultates aber kommt es keineswegs blos darauf an, ob eine strafbare Handlung ermittelt worden, sondern darauf, ob die Untersuchung auch für den Civilprozeß ein solches Ergebniß gewährt habe, daß es nunmehr der in demselben vorzunehmenden, den Partheien zu überlassenen Erörterung nicht weiter bedürfe. Wenn daher gleich einerseits ein Erkenntniß in der Criminalsache für den Civilprozeß, in welchem die Partheien nach den dafür vorgeschriebenen Formen zu hören sind, die Wirkung haben kann, daß das, was in ersterer als juristische Wahrheit betrachtet worden, nun auch für letztere unbedingt maßgebend sein müßte, vielmehr nach beendigter Untersuchung von dem Richter auch, in Gemäßheit der angezogenen Decision die vorliegende Streitfrage einer weiteren Beurtheilung zu unterwerfen ist; so läßt sich doch andrerseits nach selbiger eben so wenig bestreiten, daß, auch abgesehen von diesfallsigen Zugeständnissen, die in der Untersuchungssache vorhandenen Beweisgründe für ein bestimmtes Factum nicht so schlechterdings ohne Einfluß über dessen Vorhandensein in der Civilsache sind, und es daher bei Entscheidung der letztren einer besondern Prüfung bedarf, welches Gewicht derselben, den grade vorliegenden Verhältnissen nach, zuzuschreiben sei — Const. 22. Th. 2. A. P. O. Tit. 30. u. 32. — .

82.

Mens testatoris.

Erk. vom 6. Novb. 1847, in S. Kirchhäusel ./. den Actor des Apostolischen Vicariats im Königr. Sachsen.

Als Regel stehet fest, daß die in einem Testamente gebrauchten Worte als wahrer Ausdruck des Willens des Testirers zu be-

Digitized by Google

trachten und ihnen nachzugehen sei; es müßte denn in einem gegebenen Falle ganz klar vorliegen, daß der Testirende wirklich etwas Andres gewollt habe, als die Worte besagen — l. 7. §. 2. D. de suppellect. leg. (23. 10.) „Nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit". l. 69. D. de leg. III. (32.) „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem". — In dem vorliegenden Falle forderte der Kläger die Herausgabe eines Drittheils des Nachlasses eines Fräuleins v. L., welchen das Vicariat für zwei unter ihm stehende Stiftungen, als Testaments-Universalerbe der Erblasserin, angetreten hat. Mit der letztern Tochter war der Kläger verheirathet und hatte aus dieser Ehe ein Kind. Beide, Klägers Ehefrau und Kind, starben, Erstere vor Letztere nach Errichtung des Testaments, Beide aber vor der v. L. Gesetzlich — Mand. v. 31. Januar 1829. — hatte also Kläger kein Erbrecht an dem Nachlaß der Letztgenannten. Er glaubte ihn aber auf Grund des L. Testaments, zu haben, da in diesem die v. L. ihre Enkelin (Klägers Tochters) zunächst zu Universalerbin ihres Nachlasses ernannt, dabei aber verordnet hatte, daß, wenn dieselbe vor ihr versterben, oder die Testirerin zwar überleben, aber noch in ihrer Unmündigkeit, vor dem 24. Altersjahre (nach Oesterreichischem Rechte) mit Tode abgehen sollte, zwei katholische Stiftungen zu Dresden ihr substituirt sein sollten. Die Gründe der zweiten Instanz nehmen hier theils eine Vulgar- theils eine fideicommissarische Substitution an. Es hatte nun die Testirerin dem genannten Substituten, und zwar, ohne ausdrückliche Beschränkung auf einem oder dem anderen Substitutionsfalle, die Bedingung auferlegt: „dem Vater der Universalerbin den Pflichttheil von dem Erbe nicht zu entziehen, sondern demselbem ihm verabfolgen zu lassen"; bei dem Tode der v. L. trat nun der Fall der Vulgarsubstitution ein, und es fragte sich daher, ob nach dem Sinne der letztwilligen Verfügung, und nach dem Willen der Testirerin dem Kläger auch in diesem Falle ein Theil des Nachlasses als Fideicommiß gebühre? Die erste Instanz hatte sich für denselben günstig, die zweite ungünstig erklärt, die dritte Instanz stellte das erste Erkenntniß wieder her. Sie sagte: Es fehlt in dieser Rechtssache an Gründen, welche

völlig ausreichen, um mit voller Ueberzeugung anzunehmen, es sei wirklich die Absicht der Schwiegermutter Klägers, der von ihr gebrauchten Worte ungeachtet, keineswegs dahin gegangen, die Erfüllung der fraglichen Bedingung dem Substituten für den Fall aufzugeben, daß ihre Enkelin vor ihr versterben würde. Denn

a., haben iene Worte Sinn und Zusammenhang auch dann, wenn man die Bedingung auf den so eben erwähnten Fall ausdehnt. Die Erblasserin bestimmte über ihr Vermögen, setzte darin ihre Enkelin zur Universalerbin ein, und substituirte derselben für den Fall, daß diese vor ihr verstorben, oder sie zwar überleben, aber vor erfüllten 24. Lebensjahre versterben sollte, die iezt verklagten Anstalten (Stiftungen) mit der Bestimmung, daß letztere, dem Kläger vom Erbe den Pflichttheil nicht zu entziehen, sondern verabfolgen zu lassen, schuldig. Da unter dem hier erwähnten Pflichttheile der einem Vater an dem Nachlasse seiner Tochter gesetzlich zustehende Pflichttheil zu verstehen ist; so spricht sich in iener letztwilligen Bestimmung dreierlei aus: α. ihre Enkelin solle ihr ganzes Vermögen erben; β. dieser sollten die verklagten Anstalten substituirt sein für den einen, wie für den andren der beiden vorgedachten Fälle; γ. es sollte aber durch die Substitution der Vater ihre Enkelin nicht benachtheiliget werden, sondern iedenfalls so viel erhalten, als er, als Pflichterbe seiner Tochter, zu beanspruchen haben würde, wenn diese ihre Großmutter wirklich beerbt habe.

b., Bei der Frage über den präsumtiven Willen eines Testirers ist nicht immer und nothwendig davon auszugehen, daß der Letztere nur das gewollt haben könnte, was iuristisch als Regel gilt. — Es läßt sich sehr gut denken, daß das Fräulein v. L. wußte, es könne nichts von ihren Vermögen auf den Kläger übergehen, wenn ihre Enkelin vor ihr versterben sollte, und doch von dieser gesetzlichen Strenge abging, entweder um Klägern zu begünstigen, oder um im Voraus zu verhindern, daß Kläger die erfolgte Substitution anfechte. Es ist aber auch

c., hierbei allenthalben nicht außer Acht zu lassen, daß selbst in zweifelhaften Fällen bei Auslegung eines Gesetzes oder letzten Willens die mildere Meinung der strengeren vorzuziehen ist. — l. 9. D. de reg. iur. (50. 17.), l. 3. D. de his, quae in test.

Digitized by Google

(24. 4.). Die mildere Meinung aber hier ist die, wodurch einem Vater etwas erhalten wird, was er selbst nach den Gesetzen erhalten müßte, wenn nicht sein Kind zu früh verstorben wäre.

83.

Klagen auf Anerkenntniß noch nicht fälliger Forderungen.

Erk. vom 23. Juni 1847, in S. Pierfing ./. Hänsel.

Bekanntlich ist es eine streitige Rechtsfrage, ob und wie weit auf Anerkenntniß einer Forderung geklagt werden könne, die noch nicht fällig ist?

J. H. Böhmer, Diss. de iure futuro, in Eius Exercitationibus ad Pand. exercit. V. pag. 149. sq.

Schweitzer, über den Provocationsprozeß S. 58.

Kori, Erörterungen pract. Rechtsfragen Bd. 3. Abth. 3. S. 42. flg. Ausg. 2.

Um möglichste Gleichförmigkeit der Erkenntnisse in Fällen dieser Art herbei zu führen, hat das Oberappellationsgericht einen von Kori a. a. O. abgedruckten Beschluß gefaßt, und seitdem in dergleichen Sachen, z. B. bei Alimentationsklagen, die vor erfolgter Niederkunft der Geschwängerten erhoben werden, unter andern in Sachen Geißlerin ./. Haiden im J. 1844. consequent befolgt, der dahin lautet:

„Es kann auch vor Eintritt der Bedingung oder der Verfallzeit eine Klage auf Anerkenntniß eines Rechtsverhältnisses angestellt werden, vorausgesetzt, daß der Beklagte das künftige Recht des Klägers abgeläugnet hat. Jedoch soll hierbei noch ein Ermessen des Richters stattfinden, damit nicht Prozesse geführt werden, welche wahrscheinlicher Weise vergeblich sind."

Digitized by Google

84.

Zur Paulianiſchen Klage.

Erk. vom 23. Aug. 1848, in S. Schneider ./. Scherbe.

Nach ausdrücklicher Vorſchrift des Römiſchen Rechts geht die Paulianiſche Klage auf gänzliche Wiederaufhebung des betrüglichen Geſchäfts, und es ſoll das, was zu Hintergehung eines Gläubigers veräußert worden iſt, zurückgegeben werden, gleich als ob es gar nicht veräußert worden wäre. Dafür ſpricht nicht allein die l. 1. §. 2. D. quae in fraud. credit. (42. 8.) „Quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit, nam lata ista verba patent. Sive ergo rem alienavit, sine acceptilatione vel pacto aliquem liberavit. — Idem erit probandum"; ſondern noch mehr l. 10. §. 22. D. eod. „Praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerint, sive obligationes, ut perinde omnia revocarentur, ac si liberatio facta non esset."

Thibaut, Pandecten Th. 2. S. 122. flg.

Hofacker, Princip. iur. Rom. T. III. §. 4293.

Mühlenbruch, Doct. Pand. Vol. I. pag. 206.

Curtius, Handbuch 2. Th. §. 586.

Und wenn ſchon mehrere Rechtslehrer, wie

Dabelow, Lehre vom Concurſe der Gläubiger S. 493. flg. dem Gläubiger nur das Recht einräumen wollen, die böswillige Vermögensverringerung des Schuldners inſoweit anzufechten, als er dadurch ſelbſt eine Läſion erlitten hat; ſo gründet ſich doch dieſe Meinung, den ausdrücklichen Geſetzesworten gegenüber, nur auf dem Gefühle der Billigkeit in Rückſicht auf ſolche Fälle, wo das angefochtene Geſchäft, nach Befriedigung des anzufechtenden Gläubigers, für den Schuldner noch von Nutzen ſein könnte.

Digitized by Google

85.

Zur Constituirung einer affirmativen Servitut gehört, außer dem Versprechen, auch die Gestattung der Ausübung.

Erk. vom 16. März 1848, in S. v. Schönberg ℅. Hübner.

Wenn es auch bekanntlich streitig ist, ob zur Constituirung einer affirmativen Servitut, als ius in re, zu dem Versprechen noch die Gestattung deren Ausübung, Seiten des Promittenten, hinzugetreten sein müsse; so ist doch dieser von vielen Rechtslehrern, z. B.

Glück, Erl. der Pand. Bd. 9. §. 626. S. 62.

Curtius, Handbuch §. 1010.

vertheidigte Satz durch Gerichtsgebrauch bestätiget, und in einem Decrete an die Landstände — Landtagsacten v. J. 1839. Bd. 1. S. 452. — gebilliget, auch vom Oberappellationsgerichte wiederholt zur Anwendung gebracht worden. In der vorliegenden Sache trat daher das gedachte Collegium der zweiten Instanz bei, welche dem Beklagten einen alternativen Eid, einmal in Betreff der eingeräumten und dann der ausgeübten Servitut, erkannt hatte.

86.

Ist die Unterschrift der Dorfgerichtspersonen, als Zeugen bei Errichtung eines Erbregisters, zu dessen Beweisfähigkeit, unumgänglich nöthig?

Erk. vom 4. Januar 1848, in S. Richter ℅. die Gemeinde zu Nickern.

Darauf, daß die als Zeugen bei Errichtung von Erbregistern requirirten Dorfgerichtspersonen das diesfallsige Instrument nicht mit unterschrieben haben, ist eine Ausstellung nicht zu setzen. Selbst wenn die gewöhnliche Meinung, daß, nach gemeinen Rechte, die Mitunterschrift der Zeugen als ein formelles Requisit des Instrumets zu betrachten sei, durch den dies keineswegs besagenden Inhalt der 73. Novelle Justinians Cap. 5. unterstützt

Digitized by Google

würde, und dadurch die l. 31. C. de donat. (8. 59.) nach welcher es der Mitunterschrift der Zeugen zur Gültigkeit des Instruments nicht bedarf, als aufgehoben anzusehen wäre, würde der Mangel an der Mitunterschrift der Zeugen, nach der Sächsischen Praxis, nicht zu beachten sein.

Berger, Oec. iur. lib. IV. tit. 24. th. 7. Nota 3. pag. 800., ed. Winkler.

Lauterbach, Resolut. ad lib. 22. tit. 4. pag. 509.

Menken, Syst. iur. civ. ed. Schöne XXII. 4. §. 7.

Beyer, Volkmanus emendat. p. I. tit. 1. c. 8. §. 13. tit. 1.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. 4. Bd. Präjudiz 46. S. 465.

Darüber, daß die sämmtlichen Mitglieder der Gemeinde, als wozu, nach der früheren Verfassung, nur die Angesessenen gehörten, an der Verhandlung Theil genommen haben, kann, selbst abgesehen davon, ob nicht nach dem Satze: „pluralitas non praesumitur", dem Gegner der Nachweis, daß noch mehr Unterthanen vorhanden gewesen, obgelegen hätte, ein Zweifel schon insofern nicht erhoben werden, als bei der Verhandlung in der Regel die Absicht dahin ging, dem Gutsherrn den Unterthaneneid leisten zu lassen, und über die Leistungen der Unterthanen ein Erbregister aufzurichten.

87.

Beweisfähigkeit der Erbregister für die Behauptung der Uebertragung der peinlichen Lasten.

Erk. vom 4. Jan. 1848, in S. Richter ./. die Gemeinde zu Nickern.

Obwohl schon nach dem 214. Artikel der peinlichen Halsgerichtsordnung vom Jahre 1533 der Richter, welchem ein Verbrechen bekannt wurde, von Amtswegen, auch ohne vorausgegangene Anklage, verfahren mußte, und in dem Befehle vom 5. Jan. 1519 und in der Anordnung vom 2. desselb. Mts. — C. A. T. I. S. 1049 u. 1297. — der von Amtswegen anzustellende Inquisitionsprozeß in Sachsen als der übliche be-

Digitized by Google

zeichnet wird; so zeigen doch der 204. Art. der Peinlichen Ger.-Ordn. von 1533 und das Ausschreiben des Churfürst's August vom 1. Octbr. 1555, tit. Unkosten der peinlichen Rechtfertigung — C. A. T. I. S. 50. — in den Worten: „Wenn peinliche Sache in unsern Landen vorfallen, darin Kläger seien, so sollen dieselben die nothwendigen Kosten der Rechtfertigung, wo sie das in Vermögen tragen", daß früher ganz andere Einrichtungen, hinsichtlich der Verabreichung der Kosten des Criminalprozesses, bestanden, als jetzt, und daß darin wohl Anlaß lag, zur Erleichterung der Einzelnen, zwischen Gutsherrn und Unterthanen Verträge einzugehen. Auch deutet das angezogene Ausschreiben in den Worten; „Wäre auch ꝛc." darauf hin, daß bereits seit langer Zeit an vielen Orten solche Vereinigungen der Gerichtsunterthanen, zu gemeinschaftlicher Uebertragung der Untersuchungskosten herkömmlich gewesen seien. —

Hiernach würde also ein Erbregister, welches unter andren Bestimmungen über die peinlichen Kosten enthält, für sich allein grade keinen Beweis dafür enthalten, daß sich die Gerichtsunterthanen, dem Gerichtsherrn gegenüber, zu Uebertragung der Untersuchungs- oder auch nur der peinlichen Kosten verbindlich gemacht, oder eine diesfallsige Verbindlichkeit anerkannt hätten.

88.

Gemeindesachen.

Erk. vom 4. Jan. 1848, in S. Richter ℅. die Gemeinde zu Nickern.

Daß in Angelegenheiten einer Dorfgemeinde vor Einführung der Landgemeindeordnung vom 8. November 1838, ein von der Mehrheit der angesessenen Gemeindeglieder gefaßter Beschluß ebenso gültig und verbindlich war, als wenn alle Gemeindeglieder ausdrücklich beigestimmt hätten, liegt theils in der Sache selbst, theils wird es in gesetzlichen Bestimmungen und von der Praxis anerkannt,

von Langenn und Kori, Erörter. pract. Rechtsfr. Th. 2. No. 1. S. 3. flg.

Digitized by Google

und ist in der Landgemeinde-Ordnung §. 46. u. 50 sowohl bei den größeren, durch einen Gemeinderath beschließenden, als bei den eines solchen berathenden und Beschluß fassenden Organs entbehrenden kleineren Gemeinden beibehalten worden. Auch hat das Oberappellationsgericht wiederholt, z. B. in Sachen der obern Gemeinde zu Langenbernsdorf ·|. Luckner im März 1846, nach dieser Ansicht gesprochen. Wenn daher eine Gutsherrschaft nicht gegen Einzelne, sondern gegen die Unterthanen in ihrer Gesammtheit, oder gegen die Gemeinde ein zustehendes Recht behauptet, wenn eine solche daher z. B. die Uebertragung der peinlichen Kosten von den sämmtlichen Unterthanen fordert; so ist dies eine Gemeindeangelegenheit.

Der Ansicht, daß die Uebertragung der peinlichen Kosten da, wo solche von der Gemeinde unter sich nach Hufen oder einem andren Verhältnisse aufzubringen, der Gutsherrschaft gegenüber, als eine Gemeindelast zu betrachten und die Herrschaft deshalb die Gemeinde in Anspruch zu nehmen, dagegen aber auch die Gemeinde, dafern die Herrschaft zu viel erhoben, zur Zurückforderung berechtigt sei, hat sowohl das vorige Appellationsgericht, als auch das Oberappellationsgericht wiederholt z. B. am 12. April 1834., 25. September 1835. und 11. März 1836., in Sachen der Gemeinde zu Neustadt ·|. von Miltitz, am 19. Dezember 1838, in Sachen des Grafen Schall-Riaucour ·|. die Gemeinde zu Putzkau, und am 11. Juni 1844. in Sachen des Heerdegelder-Verbandes im Amte Colditz ·|. den Staatsfiscus befolgt.

89.

Beweis eines einer Gemeinde, als solcher, zustehenden Befugnisses.

Erk. vom 30. Decb. 1847, in S. des Stadtraths zu Dresden ·/. Zäppelt.

Die Stadtgemeinde zu Dresden nahm, Kraft unvordenklicher Verjährung, das Recht eines Durchgangs auf dem dem Kläger eigenthümlich gehörigen Grundstücke in Anspruch. Bei dem im Allgemeinen aufgegebenen Beweise des Klaggrundes

Digitized by Google

fragte es sich, ob die Klägerin unvordenkliche oder gewöhnliche lange Verjährung zu beweisen gehabt habe. Dabei sprachen sich die Gründe des obenangezogenen letztinstanzlichen Erkenntnisses dahin aus: —

Daß Gemeinden fähig sind, durch Verjährung Rechte zu erwerben, wird Niemand in Zweifel ziehen. Dieselben können iedoch nur durch Mittelspersonen handeln. Demgemäß üben sie Befugnisse, welche sie wirklich haben, oder doch zu haben glauben, entweder durch Beauftragte, zu denen auch ihre gesetzlichen Vertreter zu rechnen sind, oder, dafern solche Rechte in Frage kommen, welche die Bestimmung haben, ihren Gliedern unmittelbar einen gewissen Vortheil zu gewähren, durch diese letztern aus.

Wie nun die Adquisitivverjährung überhaupt, außer dem eine gewisse Zeit lang fortgesetzten Besitze, einen auf die Ausübung eines Rechts gerichteten Willen erfordert; so kann auch eine Gemeinde Befugnisse der letzten Gattung insofern besitzen, als diejenigen, welche gewisse Handlungen vornehmen, in der Meinung standen, daß sie zu ihnen, als Glieder der Gemeinde, berechtigt seien, folglich ein dieser letztren zukommendes Befugniß ausübten. Klägerin hatte daher, wenn sie das klagbar gemachte Recht durch Verjährung erworben haben wollte, ihr Augenmerk darauf zu richten, solche Besitzhandlungen zu beweisen, welche sich unverkennbar als Ausübungen desselben, characterisiren, indem nach dem Grundsatz: „quale ius possessum, tale praescriptum" durch die Beschaffenheit der Besitzhandlungen das Wesen des besessenen Rechts bestimmt wird. Stellen sich mithin gewisse Handlungen nicht offenbar als Acte der Ausübung eines eben fraglichen Befugnisses dar; so sind sie nicht geeignet, zum Beweise der Acquisitiv-Verjährung desselben benutzt zu werden. Wenn z. B. gleich in rechtlicher Gewißheit beruhet, daß über die Verjährungszeit zurück viele Einwohner eines Ortes aus einem Privatbrunnnen Wasser erholet haben; so ist damit noch nicht für die Gemeinde das Recht erworben, von dem iedesmaligen Besitzer desselben verlangen zu können, daß er allen ihren Gliedern die Mitbenutzung des Wassers gestatte. Denn die von Einzelnen, ia selbst von sehr vielen Einwohnern geschehenen Er-

Digitized by Google

holungen von Waſſer characteriſiren ſich nicht als Ausübung der Ortsgemeinde für alle ihre Glieder zuſtehenden Befugniſſes. Ebenſowenig läßt ſich daraus, daß verſchiedene Einwohner eines Ortes die Verjährungszeit hindurch dann und wann in einer Waldung Streu gerechet oder Leſeholz geſucht, auf ein der Ortsgemeinde für alle ihre Glieder zuſtehendes Recht zurückſchließen.

Die Klägerin ſtützt ſich in ihrem Beweiſe darauf, daß ihre Zeugen den ſtreitigen Durchgang länger, als die gewöhnliche Verjährungszeit hindurch, hin- und herpaſſiret, ſo wie daß ihnen dabei niemals eine Behinderung wiederfahren, daß der Durchgang, außer von ihnen, den Zeugen, auch noch von vielen andern Perſonen, ſowohl Einheimiſchen, als Fremden, benutzt worden, und daß derſelbe, die Zeit der nächtlichen Finſterniß ausgenommen, ſtets unverſchloſſen geweſen ſei.

Wenn nun aber gleich auch alle dieſe Punkte von vollgültigen Zeugen unbedingt bejaht worden wären; ſo würde dadurch doch immer nichts weiter conſtatirt worden ſein, als daß zwar viele Perſonen, und zwar Fremde und Einheimiſche, den Durchgang paſſirt, keineswegs dagegen eine ſolche Benutzung deſſelben, welche ſich als Ausübung einer der Stadtgemeinde für alle ihre Glieder zuſtehenden Berechtigung kund giebt.

90.

Können einzelne Gemeindeglieder ein Recht der Gemeinde verfolgen?

Erk. vom 28. Juni 1837, in S. Großer u. Conſ. ℳ. Richter.

Theilbar iſt eine causa universitatis, wenn das Recht auf jedes einzelne Mitglied dermaßen repartirt werden kann, daß dieſes von dem ihm beſchiedenen Antheile ohne alle Aenderung in den Rechtsverhältniſſen der übrigen Gemeindeglieder Gebrauch zu machen im Stande iſt; dagegen ſtellt es ſich untheilbar dar, wenn derjenige, welcher ſolches auszuführen unternimmt, dies nicht bewerkſtelligen kann, wenn er nicht auf den Fall des Gelingens allen übrigen Gemeindegliedern den errungenen Vor-

Digitized by Google

theil zugleich mit zuzuwenden, auf den Fall des Mißlingens aber selbige ohne Ausnahmen zur Verzichtung darauf gleich ihm verbindlich zu machen vermag.

Martin, Abhandl. von der rechtl. Natur der Streitgenossenschaft §. 9. in Walchs Magazin für den gem. deutsch. bürgerl. Proz. Th. 1. Abhandl. 2. S. 193.

Vergl. Allgem. Landr. für den Preuß. Staat Th. 2. Tit 6. §. 89.

Hieraus ergiebt sich zugleich die Richtigkeit des Grundsatzes, daß aus einem in dieser Maaße untheilbaren Rechte der Gemeinde ein einzelnes Mitglied derselben gleichsam actionem popularem anzustellen und den Gegner zu Anerkennung dieses Rechtes ihm gegenüber im Prozeßwege zu nöthigen nicht ermächtiget ist, vielmehr die rechtliche Verfolgung desselben nur der auf gesetzliche Weise durch Syndicats-Errichtung ermittelten Mehrzahl der Gemeinde zusteht.

l. 7. §. 1. D. quod cujuscunque univers. (3. 4.)

Haubold de finibus inter ius sing. et univers. regund. Lips. 1804. (in Opusc. acad. T. II.) cap. V. §. 1. pag. 612. 2.

Zachariae, lib. Quaest. Viteberg. 1805. Qu. XII. §. 16. pag. 85.

Kind, T. III. cap. XCVI. pag. 418.

91.

Zum richtigen Besitzstande gehört die Absicht, zu besitzen.

Erk. vom 29. Septb. 1836, in S. Schöne ./. Bergmann.

Zu den Erfordernissen eines in rechtlicher Hinsicht zu beachtenden Besitzstandes gehört die Absicht, den Besitz auszuüben, und obschon hierunter im Allgemeinen der Wille, in irgend einem rechtlichen Verhältnisse zu der detinirten Sache zu stehen, verstanden werden kann,

Digitized by Google

Guyet, Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts, Abth. 6. über den animus possidendi S. 146.

so ist doch, wenn der Besitz eine bestimmte rechtliche Wirkung nach sich ziehen soll, erforderlich, daß die mit dem Besitze verbundene Absicht dieser entspreche. Bei der erwerbenden Verjährung der Servituten wird daher auch neben der wirklichen Ausübung des dinglichen Rechts ein grade auf die Ausübung eines Dienstbarkeit-Rechts gerichteter Wille vorausgesetzt.

l. 1. §. 6. A. und l. 7. A. de itinere actuq. priv. (43. 17.)

Unterholzer, ausführl. Entwickel. der gesammten Verjährungslehre. Leipzig 1828. §. 209. 231. Bd. 2. S. 171., 215.

bei öffentlichen Wegen fehlt der animus possidendi.

l. ult. D. puaemedandum omnibus omnitatur (8. 6.).

92.

Wirkungen von Zugeständnissen in den Beweis- oder Gegenbeweisartikeln.

Erk. vom 25. Juni 1835, in S. Goldsticker ./. Fiskus.

Zwar haben viele Rechtslehrer und neuerlich insbesondere auch

Mittermeier im Archive für die civ. Praxis Bd. 2. T. 30. S. 293.

Spangenberg, in der Zeitschrift für Civ.-Recht u. Proz. Bd. 4. Hft. 1. S. 33.

die Wirksamkeit der von einem der streitenden Theile in Prozeßschriften und namentlich in Beweisartikeln beiläufig abgelegten Geständnisse bezweifelt. Allein abgesehen davon, daß die von jenen Schriftstellern, zur Rechtfertigung ihrer Ansicht, angeführten Gründe zum Theil aus der Natur des Zeugenbeweises entlehnt sind, bei der allerdings oftmals bejahenden Frage verneinende Antworten bezwecken können und wo daher der Satz „articulans fatetur" eine vorsichtige Anwendung erleiden muß; so tritt jener Ansicht im allgemeinen der Grundsatz entgegen, daß das

Digitized by Google

Geständniß ieden weiteren Beweis entbehrlich macht, daß daher dem Richter iedenfalls obliegt, auf eingestandene Momente selbst ohne Aufforderung der andern Partei Rücksicht zu nehmen, vorausgesetzt, daß das Zugeständniß im Verhältniß zu dem nehmlichen Gegner und in der nehmlichen Sache erfolgt ist. Ob das Zugeständniß aber vor Antretung des Beweises, im Gegenbeweise oder in welchem Stadium des Prozesses überhaupt es zu den Acten gegeben worden, kann dabei von keinem Einflusse sein. Selbst wenn der Beweis verfehlt ist, muß der Richter die Einräumung des Beweissatzes von Seiten des Gegners festhalten, weil er dasienige, was die Partheien als richtig angenommen haben, als unstreitig betrachten soll und muß, und iedes Bekenntniß, insoweit nicht besondere Gründe die von selber seine Gültigkeit bewahren, ohne weiteres iuristische Gewißheit für den vorliegenden Fall begründet.

Hommel, Rhaps. obs. 163.
Gönner, Handb. des Proz. Th. 2. Abth. 32. (alte Ausg.)
Martin, gem. deutsch. Proz. §. 122. flg.
Gensler, im Archiv für civ. Prax. Bd. 2. S. 295.

93.

Zulässigkeit eines Erfüllungseides über das Eigenthum.

Erk. vom 24. Januar 1837, in S. Grübner ./. Thomas.

Dem Kläger war ein Erfüllungseid, daß das ihm vorgezeigte Fortepiano sein Eigenthum sei, auferlegt worden. Die Entscheidungsgründe sagen darüber:

Zwar könnte es den Anschein gewinnen, als sei ein solcher Eid um deswillen nicht für statthaft zu achten, weil er nicht bestimmte Thatsachen, sondern ein bloses für die Eidesleistung sich nicht eignendes Urthel enthalte. Dieser Ansicht, welche von

Kind, T. IV. c. 68. pag. 333. sq.

in Rücksicht auf deferirte Eide, näher ausgeführt worden ist,

würde auch beizupflichten sein, wenn ein dergleichen Eid in Frage stünde. Denn es leuchtet allerdings ein, daß der Eidesantrag nicht über das Eigenthum in solle, wodurch auch Veranlassung zu Mental-Reservationen gegeben würde, sondern nur über die einzelnen Thatsachen, aus welchen solches hervorgehen soll, statthaft erscheint. Anders dagegen verhält es sich bei einem Legaleide, und insbesondere bei dem einer Parthei aufzuerlegenden Erfüllungseide. Hier kann nehmlich der Fall eintreten, daß von den für den Beweis des Eigenthums angeführten einzelnen Umständen, ieder für sich betrachtet, nicht ausreicht, um den Beweisführer zum suppletorio zu lassen und nach dessen Erfolg den Beweis für hergestellt zu achten, wohl aber alle zusammengenommen, einen solchen Grad der Wahrscheinlichkeit für den Richter begründen, daß es unbedenklich ist, der Partei einen Erfüllungseid über das Eigenthum selbst zuzuerkennen, der in einem solchen Falle als zulässig und angemessen sich darstellt.

94.

Wenn sind blos einseitige Erklärungen in den Acten rechtsgültigen Zugeständnissen gleich zu achten?

Erk. vom 30. Juli 1838, in S. der Häusler zu Gnandstein ./. den Besitzer des Ritterguts daselbst.

Wenn auch eine blos einseitige Erklärung, sobald man unter selbiger nur eine Auslassung verstehet, die ohne alle äußere Verbindung und ohne allen ursachlichen Zusammenhang hingestellt ist, allerdings deshalb als ein Geständniß nicht angesehen werden kann, weil zu einem solchen schon, seinem Wortbegriffe nach, es erforderlich ist, daß vorher dasienige, was durch selbiges anerkannt und bewahrheitet werden soll, als vorhanden, sei es auf mittelbarem oder unmittelbarem Wege, d. h. sei es durch eine specielle auf den Gegenstand des Geständnisses selbst gerichtete Behauptung oder Frage, oder sei es durch Thatsachen aus deren Zusammenhange ebenfalls auf ein solches Vorhandensein geschlossen werden kann, bezeichnet und hierdurch den Gestehenden eine äußere

Digitized by Google

Veranlassung zum Geständnisse gegeben worden ist; so folgt doch hieraus noch keineswegs, daß nur solche Erklärungen als Geständnisse anzusehen seien, die eine directe Antwort auf eine gegnerische Behauptung enthalten.

Es kann vielmehr auch eine einseitige Erklärung, sobald nur eine äußere Veranlassung zu derselben vorhanden und ihr Zusammenhang mit dieser erkennbar ist, als ein Geständniß sich darstellen. Es können namentlich auch Provocationen und Klaganbringen wenn schon sie in der Regel unmittelbare Vorgänge nicht haben, und also als directe Gegenerklärungen auf Angaben Anderer sich nicht darstellen, demnach Erklärungen enthalten, an welche, gleich wie an Geständnisse, Provocant oder Kläger gebunden ist. Denn läßt sich z. B. nachweisen, daß ihnen Umstände vorausgegangen sind, und zu ihnen die Veranlassung gegeben haben, zu welchen die in den Klaganbringen oder in der Provocation enthaltenen Erklärungen in besonderer Beziehung stehen und geht aus diesem Zusammenhang hervor, daß Kläger oder Provocant bei Angabe dieser Erklärung wußte und wissen konnte, wie er durch selbige eine, ihm gegenüber bereits geltend zu machende Verpflichtung anerkenne; so kann es keinem Zweifel unterworfen sein, daß diesen Erklärungen die Wirkungen eines rechtsgültigen Geständnisses beiwohnen, da zu diesem nichts weiter gehört, als die erkennbare Absicht, die Wahrheit sagen und dadurch gewisse Rechte und Verbindlichkeiten anerkennen zu wollen. Sobald daher diese Absicht erkennbar ist, und dies wird sie durch den innern Zusammenhang und durch die Uebereinstimmung, die zwischen einer ursachlichen Veranlassung und dem Geständnisse selbst stattfindet, so bedarf es, außer daß, wie sich schon von selbst versteht, subjective und objective Dispositionsfähigkeit Seiten des Gestehenden vorhanden sein muß, zur rechtlichen Wirkung eines Geständnisses, weiter nichts. Es muß der Gestehende die rechtlichen Folgen des Geständnisses auch ohne daß es vorher von dem Gegentheile acceptirt worden, nunmehr unbedingt gegen sich gelten lassen.

Digitized by Google

95.

Einige Grundsätze über die donatio inofficiosa.

Erk. publ. 30. Octb. 1837, in S. Sänger ⁄. Langermann.

1., Das Wesentliche einer donatio inofficiosa besteht darin, daß durch die Schenkung das Vermögen so erschöpft worden ist, daß dem Notherben nicht einmal der Pflichttheil von dem Bestande des Vermögens, wie es vor der Schenkung war, in dem Nachlasse verbleibt l. 1. 2. 3. 7. C. de inoffi. donat. (3. 19.)

Walch, opusc. tom. I. exercit. 12. §. 35. pag. 296. sq.

Thibaut, System des Pand. Rechts Bd. 2. §. 904.

Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilberechtigten. Göttingen 1831. §. 42. S. 498. flg.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. Rechts. Th. 3. §. 774. S. 453. Halle 1837.

Eine Schenkung unter Lebenden, deren ungeachtet der Pflichttheil den Notherben bleibt, kann mit der, gegen den Beschenkten selbst zu richtenden und nur die Rescission der Schenkung, soweit sie den Pflichttheil verletzt, bewirkenden querela inofficiosae donationis niemals angefochten werden. Dadurch ist iedoch keineswegs demienigen, welchen die Gesetze zur Hinterlassung des Pflichttheils an seine Notherben verbinden, das Befugniß zugestanden, die gesetzlichen Vorschriften indirect dadurch zu umgehen, daß er zwar bei Lebzeiten nur soviel, daß dadurch der Pflichttheil nicht verletzt wird, verschenkt, und sonach seinen Notherben die Möglichkeit, diese Schenkungen als liebloſe anzufechten, benimmt, dagegen aber durch eine letztwillige Verfügung der Pflichttheil nicht nach dem Betrag des Vermögens, wie es vor den Schenkungen war, und welcher bei der Prüfung des Umstandes, ob eine Verletzung im Pflichttheil stattgefunden habe oder nicht, festzuhalten ist, Nov. 92. cap. I.

Leyser, med. ad Pand. spec. 91 med. 1. 2. 4. 6.

Glück, Erl. der Pand. Th. 7. §. 547. S. 96.

Mühlenbruch, in der Fortsetzung Th. 36. §. 1421. g. S. 117. flg.

berechnet, sondern dabei nur den Betrag des Vermögens, wie es nach den, die Substanz wesentlich mindernden Schenkungen

Digitized by Google

war, als Maaßstab annimmt. Der Pflichttheil soll überhaupt den Notherben weder durch Schenkungen unter Lebenden, noch durch letztwillige Liberalität entzogen werden, und es versteht sich daher von selbst, daß dieses auch nicht durch beide zusammen geschehen darf. Die Schenkung selbst kann allerdings, wenn durch sie der Pflichttheil nicht verletzt ward, nicht angefochten werden; denn enthielt sie ursprünglich keine Läsion; so kann sie durch das Hinzukommen einer später in Wirksamkeit tretenden letztwilligen Verfügung, eben so wenig der Anfechtung unterworfen werden, wie in dem Falle, wenn der Gesammtbetrag mehrerer auf einander folgender Schenkungen den Pflichttheil verletzt, die frühern, keine Läsion enthaltenden Schenkungen.

Ebenso wie in einem solchen Falle nur die spätern Schenkungen angefochten und allein deren Rescission verlangt werden kann;

Thibaut, a. a. O. §. 904. S. 309.

Franke, a. a. O. §. 43. S. 513.

so muß, wenn die Verletzung im Pflichttheile nur durch das Hinzukommen von letztwilligen Liberalitäten hervorgebracht ward, die Beschwerde allein gegen die letztwillige Disposition gerichtet werden. Es kann daher nicht nur der Erbe, dem soviel Vermächtnisse auferlegt sind, daß ihm deßhalb der volle Pflichttheil, wie er vor einer von seinem Erblasser vorgenommenen bedeutenden Schenkung war, nicht verbleibt, die Vermächtnisse, soweit es zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig ist, anfechten, und deren Auszahlung verweigern;

Franke, a. a O. S. 515.

Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glücks, Comment. Th. 36. S. 137.

sondern es kann auch der Erbe, der nicht zum vollen Pflichttheil nach dem Bestande des Vermögens vor der Schenkung eingesetzt ist, gegen seine Miterben, gleichviel, ob sie selbst oder Fremde die Beschenkten sind, auf Ergänzung des Pflichttheils, wie derselbe vor der Schenkung war, mit der actio suppletoria klagen.

Carl Gottlob Rau, Diss. de querela inoffic. donat. Lips. 1775. §. X. pag. 32.

Franke, a. a. O. S. 515.

Digitized by Google

Glück, a. a. O. Th. 7. S. 99.

Mühlenbruch, Fortsetzung Gh. 36, S. 137.

Diesen Grundsatz, welcher nothwendig aus dem Satze, daß wer weder durch Schenkungen unter Lebenden, noch durch letztwillige Dispositionen den Pflichttheil schmälern kann, es auch nicht durch beides zusammen darf, hervorgeht, wird auch durch Const. I. Cod. de inoff. don. (3. 29.) und die 92. Novelle Justinian bestätigt. Justinian sagt darin: „illud volumus, ut si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habent in distributione hereditatis tantum unicuique filiorum servare ex lege Partem, quanta tuit, priusquam donationem pater in filium aut filios, quos honoravit, faceret. Könnte man wie Franke am a. O. bemerkt, unter den Worten, immensa donatio, eine iede bedeutende Schenkung verstehn, durch welche, bei ungleicher Vertheilung der Erbschaft, eine Läsion herbei geführt werden könnte, so wäre die Stelle für den obgedachten Rechtssatz geradezu beweisend.

Allein wenn man auch annimmt, daß Justinian mit den Worten immensa donatio eine an sich den Pflichtheil verletzende Schenkung habe bezeichnen wollen und daß er sonach nicht gerade die im gegenwärtigen Falle eintretenden Umstände vor Augen gehabt habe, so bestätigt doch seine Entscheidung den obgedachten Grundsatz. Denn, wenn dem Erblasser die Verpflichtung obliegt, eine bei Lebzeiten vorgenommene Verletzung im Pflichttheil durch letztwillige Bestimmungen im Testamente wieder gut zu machen, so folgt daraus, daß er keinen Falls eine solche Verletzung im Pflichttheil durch ein Testament erst herbeiführen darf, wenn sie noch durch die Schenkung an sich nicht eingetreten war.

Erk. des Ob.-App.-Ger. vom 30. Jan. 1838. in derselben Sache.

2., In der 92. Novelle Cap. 1. und der Aut Cod. Unde et si parens de inoff. testam. ist der Grundsatz aufgestellt, daß bei Berechnung des Pflichttheils das Vermögen des mit Notherben versehenen Testirers nicht lediglich nach dem Bestand des Nachlasses beurtheilt, sondern zu diesem auch noch der von den vom Testirer unternommenen Schenkungen vorhanden gewesene Vermögensbetrag geschlagen werden müsse, ein Satz, der von

Digitized by Google

den Auslegern gewöhnlich so ausgedrückt wird, man müsse, wenn von Verletzung eines Notherben im Pflichttheile durch Schenkungen unter den Lebendigen allein, oder durch diese in Verbindung mit einem letzten Willen die Rede sei, nicht nur auf die Zeit des Todes, sondern auch zugleich auf die Zeit der Schenkungen sehen.

Gujacius Expos. Novellae 92., in dessen Oper. posthum. Tom. III. pag. 616.

Hilliger, Donellus enucleatus lib. IX. cap. XI. lit. E. Tom. II. pag. 533.

van de Poll de exheredatione et praeteritione Cap. 31. §. 26. pag. 175.

Rau Diss. de querela inofficiosae donationis Lips. 1775. §. 9. pag. 29.

Ferd. Hommel, Rhaps. obs. 602.

Glück, Erläut. der Pandecten nach Hellfeld Th 7. Abth. 1. §. 547. S. 97. flg.

Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (Göttingen 1834.) Cap. 6. §. 43. S. 508, flg.

Mühlenbruch, im 36. Theile der angezogenen Glück'schen Erläuterung der Pandecten §. 1421. das. S. 117. flg.

Ob nun schon in der angeführten Novelle und in der damit übereinstimmenden Auth. Unde et si parens Cod. de inoff. testam. nur von dem Falle die Rede ist, wo ein mit Notherben versehener Ascendent übermäßige Schenkungen einem oder mehrern seiner Descendenten unter den Lebenden zugewendet und in seinem Testamente eine solche Vertheilung seines Nachlasses angeordnet hat, daß einer oder der andere seiner nicht beschenkten Notherben den von dem Vermögen, wie es vor den Schenkungen beschaffen war, und dem Nachlaßbestande zugleich zu berechnenden Pflichttheil nicht unverkürzt erhält; so ist doch dies auch auf den Fall zu erstrecken, wenn die Schenkungen fremden Personen gemacht worden sind. Denn steht der in der Novelle deutlich ausgesprochene Satz fest, es sei, sobald nach des Testirers Ableben von einer Verletzung im Pflichttheil die Frage sei, nicht blos auf den Bestand des Nachlasses, sondern zugleich auch auf den vor den Schenkungen vorhanden gewesenen Vermögensbetrag zu sehen und darnach der Pflichtheil auszuwerfen; so kommt

Digitized by Google

auf die Personen, welchen die Zuwendungen geschehen, um so weniger etwas an, ie weniger ein Grund abzusehen ist, warum da, wo es lediglich der Erschöpfung des Vermögens durch Schenkungen und den Rechten eines Notherben auf eine Quote desselben gilt, ein Andres bei den durch Schenkungen begünstigten Notherben und ein Andres bei andren auf gleiche Weise begünstigten Personen Staat finden sollte. Im Gegentheil folgt aus der Natur des in einer Quote bestehenden Pflichttheils, der nach den Gesetzen in mehrfacher Hinsicht als eine Schuld, mit welcher der Erblasser seinen Notherben verhaftet ist, betrachtet wird, daß ersterer nur über das, was er über diesen Pflichttheil besitzt, durch Schenkungen unter den Lebendigen frei verfügen darf und daß, wenn er durch letztwillige Disposition eine Verletzung des zugleich von dem vor den Schenkungen vorhanden gewesenen Vermögens bestandenen, zu berechnenden Pflichttheils herbeiführt, seine Erben aus seinem Nachlasse, insofern dieser sonst dazu ausreicht, die Ergänzung zu gewähren gehalten sind. Diese Verbindlichkeit der Erben ist auch in der 115. Nov. Cap. 3. deutlich ausgesprochen, wenn darinnen disponirt ist, ut ab heredibus legitima repleatur.

Da die Erben den Nachlaß zu vertreten haben; so müssen sie auch geschehen lassen, daß die Ergänzung des Pflichttheils aus demselben bewirkt werde, wobei nur die Beschränkung eintritt, daß sie selbst ihren Pflichttheil unverletzt behalten müssen und nicht genöthigt werden können, diesen zu Befriedigung ihrer mitsuccedirenden Pflichttheilsberechtigten anzugreifen.

Wollte man einem mit Notherben versehenen Erblasser gestatten, daß er sein Vermögen bis auf $^1/_3$ oder die Hälfte durch Schenkungen unter den Lebendigen an fremde Personen erschöpfen, und unter seinen Notherben dieses Drittheil oder diese Hälfte auf eine so ungleiche Weise vertheilen könne, daß einer oder mehrere den von dem zuleich mit zu berücksichtigenden früheren Vermögensbestande zu berechnenden Pflichttheil nicht vollständig erhielten, so würde diesen gar kein Mittel zu Gebote stehen, zur Ergänzung der ihnen nach den Gesetzen unbedingt gebührenden Erbschaftsquote zu gelangen, weil sie wider die Schenknehmer nicht auf Ergänzung klagen könnten. Denn, wenn der Erb-

Digitized by Google

lasser nach Vollziehung der Schenkungen noch so viel im Vermögen behalten hat, als der Pflichttheil beträgt, so ist keine Inofficiosität vorhanden, mithin die querela inofficiosae donationis unstatthaft. Von selbst ergiebt sich hieraus, daß man bei der Berechnung des Vermögens, wovon der Pflichttheil zu entnehmen ist, unterscheiden muß, ob von einer Verletzung des letztern, rücksichtlich der Schenknehmer oder rücksichtlich des Erblassers und der zu Vertretung seiner Handlungen verbundenen Erben, die Frage ist, indem, in Hinsicht auf erstere, keine Inofficiosität vorhanden sein kann, während, in Hinsicht auf den Erblasser, eine solche allerdings vorliegt, welche er durch die Anordnung einer ungleichen Vertheilung seines nach den Schenkungen vor dem von denselben vorhanden gewesenen Vermögen noch übrigen Bestandes herbeigeführt hat. Ganz richtig behauptet daher auch

Franke, in dem eben angezogenen Werke §. 43. S. 514. und zwar ohne zu unterscheiden, ob die Schenkungen an Notherben oder an fremde Personen geschehen sind, daß, wenn der Pflichttheil, der nach dem vor den Schenkungen vorhanden gewesenen Vermögensbestande zu berechnen ist, durch eine letztwillige Verordnung verletzt werden, der Notherbe gegen den begünstigten Miterben die suppletorische Klage anstellen können, um von selbigen die Ergänzung zu verlangen.

96.

Wie werden verbotene höhere Zinsen abgerechnet?

Erk. vom 26. Octobr. 1838, in S. Stadtrath zu Meißen ℳ. Fiskus.

Ein Gläubiger muß sich die verbotenen höheren Zinsen, wenn das Capital noch nicht, oder noch nicht völlig bezahlt ist, vom Hauptstamme abrechnen lassen. l. 26. pr. D. (12. 6.) l. 26. §. 1. C. (4. 32.)

Einige Rechtslehrer stellen die Meinung auf, daß der ganze Betrag der ungesetzlich erobenen Zinsen überhaupt von dem Capitale auf einmal in Abrechnung zu bringen sei,

Digitized by Google

Koch, Meditt. ad Schaumburg loc. Pand Diss. med. 8. pag. 53.

de Winkler, Progr. de condict. immod. Doen. Lipsiae 1765. (Opusc. min. Vol. II. p. I. th. 3. pag. 79.)

Curtius, Th. 3. §. 1180. Note a.

während andere,

Bauer, de usur. in Ejd. Opusc. T. I. pag. 291.

Hofacker, Princip. iur. civ. T. III. §. 1845.

Glück, Commentar. 21. Bd. Abth. 1. §. 116.

Thibaut, System ꝛc. Bd. I. §. 28. th. 6. Ausg.

Curtius, a. a. O. Note a.

annehmen, daß alljährlich die zuviel erhobenen Zinsen von dem Capital selbst zu kürzen sind. Dieser letztren Meinung pflichtet das Oberappellationsgericht bei, da dasienige, was ein Gläubiger über das gesetzmäßige Quantum als Zahlung erhalten hat, nicht als Zinsen, sondern als Abschlagszahlungen auf das Capital zu betrachten sind — l. 26 D. de condict. indeb. (12. 6.) — welche daher auch von letztern in Abrechnung kommen müssen, und dasselbe von der Zeit der größern, den erlaubten Zinsfuß überschreitenden Zahlung von selbst vermindern. Sind aber gegenseitige credita und debita vorhanden, so greift die Compensation ohne Weiteres von da an Platz, wo die einzelnen Forderungen wechselseitig entstanden, und eine solche überhaupt in Wirkung treten kann. — ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur. l. 4. C. de compensat. (4. 31.)

Nach Sächsischem Rechte ist übrigens die Abrechnung der zuviel gezahlten Zinsen auf das Capital selbst vorgeschrieben, indem das geschärfte Banqueroutir-Mandat vom 20. Decbr. 1766. §. 6. — C. A. C. I. S. 1125. — in Betreff des 6. Zinsthalers ausdrücklich die Bestimmung enthält, „dafern aber Einem, außer bei Wechselverschreibungen 6 pCt. von dem Schuldner genommen; so soll der iedesmal zu viel erhaltene sechste Thaler vom Capital abgezogen werden", wodurch die, rücksichtlich der Berechnungsart, vorher bestandenen Zweifel um so mehr als beseitigt angesehen werden mußten, als in dem Banq.-Mandate vom 7. Januar 1724. — C. A. T. I. S. 162. — sich das Wort

Digitized by Google

„iedesmal" nicht findet, und mithin durch ersteres Gesetz hierunter eine neue entscheidende Vorschrift ertheilt worden ist.

97.

Grundsätze der Veriährung des Lehnwaaren-Befugnisses.

Erk. vom 17. Febr. 1837, in S. Gemeinde Hirschfeld ℳ. Fiskus.

Bei Beurtheilung des Veriährungsbeweises des Lehnwaaren-Befugnisses muß von folgenden Grundsätzen ausgegangen werden.

1., Das Generale vom 3. November 1751. — C. A. C. I. T. I. S. 379. — gehet, besage des aus dem Geheimen Concil an die Landesregierung, das Appellationsgericht und die Dicasterien unterm 10. December 1750. ergangenen Rescripts und des Inhalts des angezogenen Gesetzes von der Ansicht aus,

daß in Beziehung auf die Lehnwaare eine Ortsgewohnheit anzunehmen und deßhalb aus dem gegen singulos geführten Beweise der Veriährung eine Rechtsvermuthung einer Observanz, welche gegen die übrigen Einwohner desselben Orts spreche, entstehe.

Dieses Generale erfordert bei der erwerbenden Veriährung des Befugnisses ꝛc.

a., entweder daß bei einem und demselben Gute mehrere Fälle vorgekommen sind,

b., oder daß an einem Orte bei mehreren Gütern mehrere Fälle sich ereignet haben, welche zusammen den zur Veriährung erforderlichen Zeitraum umfassen.

2., Bei iuribus discontinuis, deren Ausübung nicht in der Willkühr des vermeintlich Berechtigten lediglich beruhet, sondern eine besonders sich darbietende Gelegenheit erfordert, langt die Benutzung ieder sich dargebotenen Gelegenheit zur Ausübung aus, und daß die nachgewiesenen benutzten Fälle mindestens den Zeitraum von 31 Jahren, 6 Wochen, 3 Tagen umfassen, wie aus den Worten des angezogenen Generalis „so oft ein Fall existirt" folgt, und in der Natur der Sache liegt, indem ein

Digitized by Google

Erlöschen durch Nichtgebrauch dann unmöglich ist, wenn Gelegenheit zur Ausübung des Rechts, dessen Besitz animo fortgesetzt wird, ermangelt. l. 47. D. quemadm. serv. amitt. (8. 6.)

Doneltus, Comment. de iure civil Vol. VI. lib. 11. Cap. 18. §. 2.

Bauer, Erläut. der Decis. v. J. 1746. pag. 52. des 1. Th.

Savigny, Recht des Besitzes S. 218. flg. der Ausg. von 1818.

3., Bei Rechten der erwähnten Art sind unter mehreren Fällen wenigstens drei zu verstehen. E. P. O. Anh. §. 19. Decis. 5. v. 1746. Mandat. v. 30. Juli 1813. §. 6. Mandat. v. 21. Febr. 1827. §. 5. 6. Mandat. v. 30. Aug. 1830. §. 31.

4., Nicht blos das Ansinnen zur Erlegung der Sterbelehnwaare, sondern die wirkliche Zahlung muß erwiesen sein.

5., Jede sich dargebotene Gelegenheit muß benutzt worden sein, weil sonst Gleichförmigkeit mangelt und Unterbrechung der begonnenen Verjährung eingetreten ist. l. 10. p. D. si serv. vind. (8. 5.) l. 20. D. quemadm. serv. amitt. (8. 6.)

Rose, doctr. de praescript. §. 68.

Glück, Erläut. der Pand. Th. 9. S. 151.

Nach diesen Grundsätzen hat das vormalige Appellationsgericht entschieden in S. von Lobkowitz ./. Hoyers Erben 1827., sowie das Oberappellationsgericht in S. Fürst von Schönburg ./. Gemeinde Hartenstein u. Cons. 1835., Procurator fisci ./. Stengeln 1835., Unterthanen zu Wilthen und Jagersdorf ./. Richtern 1835.

98.

Solidarische Verbindlichkeit eines Magistrats-Collegiums.

Erk. vom 17. Aug. 1839, in S. Gemeinde Frauenstein ./. Steigerin und Cons.

Die ein Magistratscollegium bildenden Mitglieder sind im Falle doloser Handlungen solidarisch verhaftet, weil die actio in factum adversus magistratum oder de syndicadu, nach Ana-

Digitized by Google

logie der actio tutela subsidiaria adversus magistratum zu beurtheilen, welche utiliter gegen den Richter gestattet wird, der durch seine Handlungen Schaden verursacht hat, und nur für den Fall eines dolus nach l. 7. D. de magistr. comm. (27. 8.) die solidarische Verpflichtung angewendet wird.

99.

Wer leistet den Solennitätseid, wenn der Sachwalter gestorben ist.

Erk. vom 14. Septbr. 1839, in S. Fiscus ./. die Anspänner zu Proschwitz.

Ist der Sachwalter, dem ein Solennitätseid auferlegt worden, vor dessen Leistung gestorben; so hat die Parthei diesen zu leisten, da die E. P. O. Tit. 20. §. 3. hier keine Anwendung leidet, weil sie nur eine bei Zuerkennung des Solennitätseides von Seiten des Richters zu befolgende Anweisung enthält und keineswegs die Frage betrifft, ob die Partei selbst diesen Eid zu schwören habe, wenn deren Sachwalter vor Ableistung gestorben, zumal da kein Gesetz existirt, nach welchem ein dergleichen Legaleid in solchem Falle geleistet werden könnte und selbst die älteren Rechtslehrer, welche, wie Berger in Oec. iur. lib. 4. tit. 25. th. 10. Not. 10. für die gegentheilige Meinung diesfalls zu sprechen scheinen, lediglich nur den deferirten und referirten Eid, so wie das Supplétorium und Purgatorium, rücksichtlich deren insgesammt das nur aufgehobene fatale octidui, nach Maaßgabe der E. P. O. Tit. 10. §. 8. u. 9., zu beachten war, und keineswegs die übrigen Legaleide, wo dieses Fatale cessirte, vor Augen gehabt haben. Doch ist der fragliche Eid nur de credulitate von der Parthei zu leisten.

Digitized by Google

100.

In Testamenten bestätigte Codizille.

Erk. vom 30. Mai 1839, in S. Schubertin u. Conf. /. Elz.

Die Römischen Juristen gingen, nach den in den Pandecten aufgenommenen Stellen, von den allgemeinen Grundsätzen aus: „nemo eam sibi potest legem dicere, ut priori (voluntate) ei recedere non liceat;“ und ea, quae postea geruntur, prioribus derogant“, oder „suprema voluntas potior habetur.“ — Das ist klar und deutlich ausgesprochen in l. 6. §. 2. De de iure codicilli (29. 7.), wofür die Gültigkeit eines nach dem Testamente errichteten Codizills, das der Testirer weder eigenhändig unterschrieben, noch besiegelt hat, entschieden wird, obgleich im Testamente von ihm gesagt war, „ut non alias valere velit quam sua manu signatas et subscriptas“; ferner in l. 89. pr. D. de legatis II. (31.), wo ein nicht versiegeltes Codizill für rechtsbeständig erklärt wird, obgleich der Testirer im Testament gesagt hatte, wenn er Etwas versiegeltes hinterlassen würde, dieses als Codizill gelten sollte, wenn nur sonst in Gewißheit beruhet, daß der Testirer der wirkliche Urheber des Codizills sei, (si fides epistolae constaret“). Diesen Aussprüchen stehet l. 22. D. de legatis III. (22.) nicht entgegen.

Ist einer und derselben Person von dem Testator mehrmals legirt worden; so entstehet die Frage, welche Willensmeinung gelten solle, ob die erste, oder die zweite? Der Jurist entscheidet für letztere mit den Worten: „suprema voluntas potior habetur“. Die folgenden Worte: „sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se poenituisse et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat“, als welche von mehreren Auslegern für ein Einschiebsel Tribonians erklärt worden, scheinen zwar anzudeuten, als ob ein blos factisches Abweichen von der frühern Willensmeinung nicht genüge, sondern ein ausdrücklicher Wiederruf des letztern hinzukommen müsse. Allein es ist bereits von Andern bemerkt worden,

Jac. Cujacius, Observatt. Lib. 14. cap. 7.

Joh. Finestres, Commentar ad Hermogeniani iuris epitom, T. II. pag. 769.

Digitized by Google

Joh. Voet, Commentar. ad Pand. tit. de iniusto, rupto, irrito testam. §. 10. pag. 243. T. II. ed. Coloniae.

daß iede Thatsache, woraus auf die Absicht des Testators, von der ersten Willensmeinung abzugehen, mit Sicherheit geschlossen werden könne, hinreichend sei, wenn auch ein ausdrücklicher Widerruf nicht erklärt worden. Dies entspricht aus dem allgemeinen Grundsatze, daß dem tacito eadem vis zuzuschreiben sei, als dem expresso, wie denn in den Worten „sed haec ita“ ꝛc. mehr eine Erläuterung des vorausgehenden sciens, als eine Vorschrift, daß nur ein ausdrücklicher Widerruf die frühere Willensmeinung aufzuheben geeignet sei, enthalten ist.

Nimmt man indeß auch an, daß diese letztere Gesetzstelle sich nur auf die Auslegung eines letztern Willens beziehe, nicht auf die gültige Kraft desselben, selbige daher auf die Fälle in l. 6. §. 2. D. de iure codic. und l. 89. pr. de legatis II. gar nicht anzuwenden sei, mithin schon in der Errichtung eines spätern letzten Willens ohne Weiteres die Zurücknahme des frühern liege und ob eine besondere Nachweisung der scientia ebensowenig, als einer ausdrücklichen Erklärung des Widerrufs bedürfe; so war doch im vorliegenden Falle die scientia auf Seiten des Testirers wirklich vorhanden gewesen.

Der in den so eben angezogenen beiden Gesetzstellen ausgedrückte Grundsatz wird durch l. 14. pr. und §. 1. D. de legatis I. (30.) nicht betroffen, indem hierinnen nicht von einer Aenderung der früher erklärten Willensmeinung, sondern von einer in demselben Testamente, worinnen einer Person doppelte Vermächtnisse ausgesetzt sind, im Voraus ausgesprochene ademtio legati die Rede ist, deren Kraft auch Papinian nicht bezweifelt. Derselbe fügt vielmehr nur den Fall hinzu, wo der Testirer nicht gerade im Voraus, sondern erst nach Aenderung der Angabe und am Schlusse des Testaments („ante impletum testamentum“) den Zusatz: si rem legaveris bis; semel ei data velut semel ei debeatur“ gemacht hat („subiecit“).

In derselben Sache faßte das Oberappellationsgericht ein zweites Erkenntniß unterm 9. Febr. 1839. ab, in dessen Gründen es unter andern hieß: Codicille, welche in einem Testamente im Voraus bestätiget werden, bedürfen zu ihrer Gültigkeit keiner

Digitized by Google

weitern Solennität, da sie als ein Theil des Testaments selbst zu betrachten sind, dafern nur Gewißheit vorhanden ist, daß sie von dem Testator wirklich herrühren — l. 2. §. 2. D. de iure codicilli. l. 14. pr. eod. l. 89. pr. D. de legatis II. Die Vorschrift der l. ult. §. 3. C. de codicillis stehet dem nicht entgegen, da sie nur von Codicillen, die nicht im Testamente bestätiget werden, zu verstehen ist.

J. H. Böhmer, Diss. de codicillis absque testibus validis; in Exercitt. ad Pand. T. II. V. pag. 107.

G. Ludw. Böhmer, de quatuor modis constituendis codicillis, in Elect. iur. civ. T. I. No. VIII. und in dessen Vorrede zu den Exercitt. ad Pand. T. V.

Kind, T. I. cap. 41. pag. 171.

Curtius, 3. Ausg. Th. 2. Abth. 2. §. 876. Note 11. S. 520.

Mit dieser Ansicht bewährter Rechtslehrer stimmt auch die vaterländische Praxis überein. Hat nun aber ein Testator in seinem Testamente selbst bestimmt, unter welchen Bedingungen er die von ihm etwa zu hinterlassenden schriftlichen Verordnungen als einen Theil seines letzten Willens betrachtet wissen will, d. h. hat er ihre Gültigkeit von gewissen Förmlichkeiten abhängig gemacht; so können auch nur diejenigen Verordnungen als codicilli testamento confirmati angesehen werden, bei welchen iene Förmlichkeiten wirklich beachtet worden sind. Zwar steht es dem Testirer frei, von diesen sich selbst gemachten Bedingungen in der Folge wieder abzugehen und Codicille, welche denselben nicht entsprechen, zu errichten; allein dann würden dergleichen Dispositionen in die Categorie nicht bestätigter Codicille gehören und zu ihrer Rechtsbeständigkeit die in der l. ult. §. 3. C. de codicillis vorgeschriebenen Feierlichkeiten erforderlich sein.

Digitized by Google

101.

Wer bescheinigt die Existenz und den Besitz einer Urkunde?

Erk. vom 15. Febr. 1840, in S. v. Döring ℳ. Bocks Concurs.

Eine vorläufige Bescheinigung der Existenz einer Urkunde, so wie des Besitzes derselben auf Seiten dessen, von welchem die Herausgabe gefordert wird, ist, nach der von dem Oberappellationsgerichte, in Uebereinstimmung mit dem vormaligen Appellationsgerichte, gefaßten Ansicht, von dem Producenten nicht zu verlangen. Nachdem durch die E. P. O. Tit. 26. §. 1. der Richter ermächtigt worden, den Producenten, bei zu besorgender Gefährde hinsichtlich eines Editionsgesuchs, zu deren Ablehnung mit einem Eide zu belegen, muß die Disposition §. 3. Tit. 26. der A. P. O. „wenn deshalb genugsame Vermuthung wider ihn vorhanden", indem eine solche genugsame Vermuthung nöthigen Falls eben durch das iuramentum malitiae herbeizuführen ist, als aufgehoben betrachtet, und können diese Weiterungen als gegenwärtig annoch erforderlich, nicht angesehen werden.

102.

Verbindlichkeit des Theilnehmers an einem Verbrechen zum Schadenersatze.

Erk. vom 27. Febr. 1840, in S. der Brandversicherungs-Anstalt ℳ. Schulz.

Wenn auch, um die den Theilnehmern an einem Verbrechen obliegende Verpflichtung zum Schadenersatze zu begründen, zwischen der von diesem verübten Handlung und dem durch das Verbrechen verursachten Schaden allerdings ein Causal-Nexus statt finden muß; so ist dabei doch nicht zugleich der Nachweis erforderlich, daß, ohne Hinzutritt iener Handlung des Theilnehmers an dem Verbrechen, der durch letzteres veranlaßte Schaden gar nicht habe entstehen können, weil in den meisten Fällen von

Digitized by Google

— welchen der durch die von mehreren Theilnehmern an einem Verbrechen verübten Handlungen der fragliche Schaden die nothwendige Folge sei, nicht zu vermitteln sein würde, und es daher, in Hinsicht auf den Anspruch des Verletzten, genügen muß, darzuthun, daß der Beklagte bei einer unerlaubten Handlung auf eine solche Weise betheiligt gewesen, daß der durch die gesetzwidrige That herbeigeführte Nachtheil als eine Wirkung davon betrachtet werden kann und dadurch die Vollendung des verletzenden Verbrechens mit erfolgt ist.

103.

Die conditio furtiva.

Erk. vom 10. März 1840, in S. Hennigs Verlassenschaft ℅. Wehner.

Die conditio furtiva setzt ein furtum, und dieses eine contrectatio fraudulosa voraus — l. 1. §. 3. D. de furtis (47. 2.). Nun ist aber die Hinwegnahme einer Sache aus des Eigenthümers Besitz und Gewahrsam, da eine solche Hinwegnahme auf vielfach erlaubte Weise geschehen kann, eben so wenig an sich eine contrectatio fraudulosa, als dieselbe durch den Zusatz „ohne Rechtsgrund", zu einer solchen wird. Denn obschon ein furtum die Existenz eines zu der Wegnahme berechtigenden Grundes ausschließt; so ist doch nicht, in Ermangelung eines solchen, iede Wegnahme aus eines Andern Besitz und Gewahrsam ein furtum, wie sich schon daraus ergiebt, daß, wenn Beklagter weder gewaltsam, noch ohne des Erblassers Vorwissen sich in Besitz der streitigen Staatspapiere gesetzt hätte, Niemand ihn deshalb eines furti, überhaupt einer an sich unerlaubten Handlung, bezüchtigen könnte, wenn er auch für sich dazu keinen Rechtsgrund, d. h. weder einen Real- noch einen Personal-Anspruch auf die Papiere sollte gehabt haben. Wer die Klage um deswillen als eine persönliche betrachten wollte, weil derienige, welcher ohne Rechtsgrund besitze, sich in possessio sine causa befände, und gegen den possessor sine causa ein condictio gegeben sei, der würde, weil er zwischen gravamatischer und iuristischer Bedeutung der

Digitized by Google

Worte nicht unterschiede, die Natur eines Rechtsmittels verkennen, das nach l. 1. §. 3. de. D. condict. (12. 7.) eben so wie die condicto furtiva positive factische Prämissen erfordert, aus denen, wie bei dieser das furtum, bei iener die contrectatio fraudulosa sich als Resultat ergeben muß.

104.

Retentionsrecht des Vermiethers an den Illaten.

Erk. vom 30. April 1840, in S. Beyer ⁄. Winter.

Nach römischem und älteren Sächsischen Rechte stand dem Vermiether eines praedii urbani an den in dasselbe gebrachten Mobiliar-Gegenständen des Abmiethers ein stillschweigendes Unterpfandsrecht zu — l. 4. 7. D. in quib. caus. pign. (20. 2.), l. 4. D. de pactis (2. 14.), l. 8. C. de locato (46. 5.), A. P. O. Tit. 44. §. 6. Dieses Unterpfandsrecht beschränkte sich allerdings nur auf die dem Abmiether zur Zeit der Illation eigenthümlichen Sachen. Nach allgemeinen das Pfandrecht betreffenden Grundsätzen dauerte dasselbe aber, wenn es einmal durch das factum der Illation begründet worden war, der spätern Veräußerung und Fortschaffung der Sachen ungeachtet, fort.

Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. Leipzig 1803, §. 63. S. 153. §. 65. S. 163.

Bei Aufhebung der stillschweigenden Hypotheken wurde nur in der E. P. O. Tit. 45. §. 7. am Ende festgesetzt: „da hingegen denen locatoribus des iuris retentionis in fructibus natis oder rebus illatis nach Unterschied derer Fälle sich zu gebrauchen und so lange solche in dem verpachteten Gute annoch vorhanden, sich deren loco pignoris zu halten unbenommen bleibt", und diese Bestimmung ist in dem Mandate vom 4. Juli 1829. §. 63. unter 1—98. S. ausdrücklich bestätiget.

Aus der Natur der Sache geht hervor, daß der Ausdruck „Retentionsrecht" nicht im eigentlichen rechtlichen Sinne des Wortes worden ist, da der Vermiether sich nicht im wirklichen Besitze iener Sachen befindet.

Digitized by Google

Der Zusammenhang und besonders die Bestimmung „daß sich der Vermiether, so lange die Sachen in dem verpachteten Gute annoch vorhanden, daran loco pignoris halten könne" deuten vielmehr genügend an, daß die Absicht des Gesetzgebers dahin ging, dem Vermiether ein dem Faustpfande, seiner Wirkung nach, gleiches Recht an dem fraglichen Gegenstande zu gewähren und hierbei die Thatsache, daß die Sachen in dem Grundstücke vorhanden wären, der wirklichen Uebergabe, welche zu Begründung des Pfandrechts an Mobilien, nach der Vorschrift der E. P. O. Tit. 44. §. 2., unumgänglich erforderlich ist, gleich zu stellen. Das gesetzliche Retentionsrecht wird daher auch an einem andern Orte mit dem Ausdrucke „Quasi pignus" bezeichnet; — Rescript vom 26. Juli 1764. C. I. C. A. I. S. 411.; — und es stehet dem Vermiether aus den eben entwickelten Gründen nach Ausbruch eines Concurses, vermöge desselben, ebenfalls ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse zu.

Kind, Quaest. for. Tom IV. c. 22. pag. 149.

Hieraus folgt, daß, nach den gegenwärtig in Sachsen bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, das durch die Illation begründete Retentionsrecht an den dem Abmiether eigenthümlich zugehörig gewesenen Sachen durch deren Veräußerung, wenn solche mit Fortschaffung derselben aus der vermietheten Wohnung nicht verbunden ist, keineswegs aufgehoben ist.

105.

Lex commissoria beim Pfandvertage auch anwendbar bei einem bedingt geschlossenen Kaufe.

Erk. vom 6. Mai 1840, in S. Werner ./. Mörner.

Der Meinung, daß das gesetzliche Verbot der lex commissoria beim Pfandvertrage l. 3. C. de pact. pingn.(8. 35.), cap. 7. X. de pingnorib. etc. lib. III. tit. 21. dann keine Anwendung leide, wenn ein bedingter Kauf geschlossen worden sei, ist nicht beizutreten. Da das in der angezogenen Gesetzstelle enthaltene Verbot des commissorischen Vertrags im Pfandvertrage ganz all-

Digitized by Google

gemein gefaßt, und denselben nach den ausdrücklichen Worten jenes Gesetzes die Absicht unterliegt, dem Wucher thunlichst vorzubeugen; so würde unstreitig mit besserem Grund die Meinung derjenigen Rechtslehrer sich vertheidigen lassen, welche einem solchen Nebenvertrag beim Pfandcontracte ohne alle Ausnahme Gültigkeit absprechen, als wenn man die in dem erwähnten Gesetze nicht einmal erwähnte Ausnahme, nämlich wenn der Vertrag dahin gehet, daß der Kaufpreis erst beim Eintritte der lex commissoria festgestellt werden soll, auf Fälle ausdehnen wollte, welche ein besonderes Gesetz gar nicht für sich haben. Hierzu kommt, daß zwischen dem Falle, wenn nach dem Nebenvertrage der Kaufpreis erst bei dem Eintrite der lex commissoria bestimmt werden soll, und dem Falle, wenn dieser Kaufpreis schon bei dem commissarischen Vertrage selbst festgestellt wurde, ein wesentlicher Unterschied statt findet. Denn in dem letzteren Falle würde der Darleiher, abgesehen davon, daß der Werth der Grundstücke oder der Sachen, welche den Gegenstand des Vertrags ausmachen, im Laufe der Zeit zum Nachtheil des Verkäufers sich bedeutend verändern kann, eine Gelegenheit erlangen, den Schuldner durch Feststellung eines unverhältnißmäßigen Kaufpreises wenigstens in soweit zu drücken, als er nur den Eintritt einer Verletzung über die Hälfte des wahren Werths vermeidete.

Soll dagegen der Kaufpreis erst dann festgestellt werden, wenn der Fall eintritt, daß der Pfandgläubiger von der lex commissoria Gebrauch macht; so fällt allerdings das Bedenken weg, daß der Schuldner durch einem dem Werthe der Sache nicht gleichkommenden Preis, für welchen er das Eigenthum dem frühern Darleiher (Käufer) zu überlassen gezwungen wird, verletzt werde, indem dann der wahre Werth der Sache durch Sachverständige, oder, nach Befinden, durch öffentliche Feilbietung derselben, wobei dem Darleiher ein Vorzugsrecht bedungen wird, auszumitteln ist.

Dieselbe Meinung ist auch von dem vormaligen Appellationsgerichte in mehreren Sachen gleichmäßig angenommen worden (1806. in S. Werner ./. Krugs Cur. bon. 1812., in S. Schubert von Klefeld ./. Scharf, in S. Taubrich ./. Führing und Conf.).

Digitized by Google

Die Sächsischen Gesetze enthalten nur eine Bestätigung jenes im gemeinen Rechte klar ausgesprochenen Grundsatzes. Torgauische Ausschreiben v. J. 1583. Tit. „Vom Wucher" Abschnitt setzen, ordnen und wollen auch ꝛc. — C. A. T. I. S. 140. flg. Mandat wegen wucherl. Contracte vom 28. April 1625. — Ebendas. S. 1123. flg. — Dec. 22. von 1749. und Bauers Erläuterungen 2. Th. §. 19. S. 58. Mand. wider die Bankeroutiers v. 20. Decbr. 1766. §. 2. — C. A. C. I. T. I. S. 924. —

106.

Widerruflichkeit gegenseitiger Hutung bei ungleichartigem Viehe.

Erk. vom 22. Decbr. 1838, in S. Begüterte zu Zeithain ℳ. Hirsch und Conf.

Ist nach der in dem Mandate vom 4. Octbr. 1828. §. 3. enthaltenen Bestimmung anzunehmen, daß die Widerruflichkeit einer gegenseitigen Hutung nicht präsumirt werden kann, wenn außer dem gleichartigen Viehe auch noch anderes von ungleichartiger Gattung aufgetrieben worden? Für die beiahende Beantwortung dieser Frage sprechen folgende Gründe:

1., soll nach dieser gesetzlichen Bestimmung nicht darauf, welche Rechtstitel die Grundlage der gegenseitigen Hutung abgeben, sondern lediglich auf das zeitherige factische Verhältniß und auf die Art, wie sie überhaupt ausgeübt worden, gesehen werden, wenn es sich von der Frage über die Widerruflichkeit handelt. Man muß also auch hierbei das Ganze des factischen Verhältnisses ins Auge fassen, und ist dieses nun so beschaffen, daß theils mit gleichartigem, theils mit ungleichartigem Viehe aufgetrieben ward; so kann man nicht sagen, es habe eine gegenseitige Hutung mit Vieh von gleichen Gattungen statt gefunden.

2., Würde aus der entgegengesetzten Meinung folgen, daß der Fall eintreten könne, wo eine zeither bestandene Koppelhutung in dubio theils für widerruflich, theils für unwiderruflich zu achten sei. Dies liegt aber keineswegs in der präsumtiven Absicht des Gesetzgebers.

Digitized by Google

Denn dieſe geht, in Anſehung der Koppelhutung, überhaupt dahin, daß, zur Beförderung der Landeskultur, alle dergleichen Hutungen nach und nach gänzlich aufgehoben werden, wie aus mehrern Verfügungen älterer und neuerer Zeit z. B. Reſcript vom 27. November 1784. II. C. A. C. I. S. 879. — Reſcript vom 9. Juni 1789. — daſ. S. 499. — Preisaufgaben vom 31. Decbr. 1805., 14. Octbr. 1816., 22. Febr. 1820. und 12. März 1826. hervorgehet.

3., Iſt im Geſetze nicht der Ausdruck „in ſoweit", ſondern „in ſofern" gebraucht.

(Das hierauf erfolgte anderweite beſtätigende Oberappell.-Ger.-Erkenntniß vom 2. Octbr. 1839. brachte dazu unter andren noch folgende Gründe:)

In dem hier einſchlagenden §. 53. des Mandats vom 4. October 1828, deſſen Beſtimmung in §. 113. des Geſetzes über Ablöſungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832. übergegangen iſt, wird als Erforderniß der nach Analogie der Gemeinſchaft zu beurtheilenden und als widerruflich anzuſehenden gegenſeitigen Hutung aufgeſtellt:

a., die Ausübung mit gleicher Anzahl von Vieh,

b., zu den nämlichen Zeiten, und

c., auf einem und demſelben Inbegriffe von Grundſtücken, ohne, hinſichtlich der gegenſeitigen Hutung, zwiſchen dem gleichartigen und ungleichartigen Viehe einen Unterſchied zu machen, oder für dieſen Fall beſondere Vorſchriften feſtzuſetzen.

Es läßt ſich daher keineswegs annehmen, daß dann, wenn mit einer gleichen Gattung von Vieh gehütet, aber auch ungleichartiges Vieh aufgetrieben worden iſt, die obige geſetzliche Beſtimmung in Anwendung kommen könne, weil es hier an dem erſten der darinnen erwähnten Requiſite gebricht.

Digitized by Google

107.

Testament der Eltern unter den Kindern.

Erk. vom 6. Juni 1839, in S. Rittner ℳ. Rittner u. Conf.

1., Eine iede in Schriften erklärte letztwillige Verordnung eines Vaters, worinnen dessen Kinder zu Erben eingesetzt, die Namen derselben deutlich bezeichnet, die Erbtheile mit Buchstaben angegeben, und Jahr und Tag der Abfassung beigefügt worden, ist, wenn sie vom Vater selbst geschrieben, oder wenigstens unterschrieben ist, als ein der äußern Form nach gültiges Testament — testamentum perfectum — zu betrachten, sollte auch die Adhibirung von Zeugen, oder die gerichtliche Uebergabe und Niederlegung gänzlich unterlassen sein. Nov. 107. c. 1. 2. —

Carpzov, Def. for. P. III. const. 4. df. 17.

Curtius, Handbuch §. 793.

Berger ed Haubold, Oec. iur. Lib. II. §. 6. Nota a. ad 4.

Hofacker, princip. iur. civ. Rom. §. 1387.

2., Ob darin die Erbschaft unter den Kindern gleichmäßig vertheilt worden oder nicht, darauf kommt etwas nicht an, und stehet sogar demienigen, welcher im Pflichttheile verletzt zu sein behauptet, lediglich die actio suppletoria zu.

Wernher, P. VIII. obs. 926.

Berger, l. c. Not. 1. ad 7.

Dagegen kann allerdings in einem solchen Testamente nicht auch eine persona extranea als Erbe mit eingesetzt werden — l. 21. C. de testam. (6. 23.) — und selbst dann, wenn ihr nur ein Legat oder Fideicommiß darin beschieden werden soll, ist die Zuziehung von Zeugen erforderlich — Nov. 107. cap. 1. — Daß unter den extraneis alle dieienigen, welche liberi non sunt, verstanden und eben darum in dieser Beziehung auch die Wittwe des Erblassers für eine extranea persona erachtet werde, dies gehet aus der Einleitung nur gedachter Novelle sowohl, als den Eingangsworten l. 21. C. de testib. hervor, und ist daher die Meinung einiger Rechtslehrer z. B.

Schilter, in exercit. 38.

Richter, in dec. 29.

nach welcher iene ganze beschränkende Disposition, rücksichtlich

Digitized by Google

der Wittwe, darauf, daß letztere nach dem Römischen Rechte nicht zu den eigentlichen Intestaterben gehöre, beruhen, und deswegen in den Ländern, wo ihnen gesetzlich ein Pflichttheil gebühre, gar keine Anwendung leiden soll, nicht außer Zweifel.

So viel ist nun aber jedenfalls ganz gewiß, daß durch eine in einem testamento parentum inter liberos, zu Gunsten der Wittwe, getroffene Disposition das Testament selbst im Uebrigen nicht ungültig gemacht wird — l. 21, C. eod. —

Lauterbach, Coll. theor. pract. lib. 29. tit. 1. §. 29.

Carpzov, p. III. const. 9. def. 19.

Puffendorf, obs. II. 31.

Hofacker, C. c. §. 1389.

3., Da ein solennes Testament durch ein späteres, das nicht solenn, aber privilegirt ist, rumpirt wird, — l. 2. D. de iniusto, rupto, irrito testam. (28. 3.)

Donellus, in Coniment. lib. VI. 16.

Lauterbach, l. c. lib. 28. — tit. 3. §. 23.

Hofacker, l. c. §. 1347.

Curtius, a. a. O. §. 729.;

so muß auf ein testamentum parentum inter liberos als privilegiatum dieselbe rechtliche Wirkung haben.

Die Richtigkeit und practische Wirkung dieses Satzes ist sowohl von der Mehrzahl der Lehrer des gemeinen Rechts, als auch, soviel Sachsen anlangt, in foro anerkannt,

Donellus, l. c.

Lauterbach, l. c. lib. 28. tit. 3. §. 33.

Wernher, Diss. de testam et cod. priv. Norimbergae 1783. §. 86.

Hofacker, l. c. §. 1347.

Moller, lib. III. remed. cap. 22. tit. 4. 5.

Carpzov, p. III. const. 4. def. 25.

Horn, consult. et resp. Class. VII. R. 40. pag. 438.

Berger, Oec. iur. lib. II. tit. 4. th. 22. Not. p. ed. Hauboldi pag. 417.

Menke, Syst. Pand. lib. 29. tit. 1. §. 10.

Titii, Observ. in Coll. Lauterbachi obs. 891.

und von ihm abzugehen, um so bedenklicher, als diejenigen

Digitized by Google

Gründe, welche zur Rechtfertigung der entgegengesetzten, von Rivinus, in Diss. de testam. par. inter liberos. Vitenberg 1754. §. 8. sq
Hellfeld, Iurispr. for. §. 1487.
Heisler, Diss. an. et quat. testam. par. int. lib. pot. §. 22.
Thibaut, System des Pfandrechts Th. 2. §. 827.
aufgestellte und auf die Notariatsordnung von 1512. I. §. 2. gestützte Meinung vorgebracht werden, gänzlich ungeeignet erscheinen. Denn

a., können, wie von Wernher in Diss. cit. überzeugend dargethan worden, die in iener Stelle der Notariatsordnung gebrauchten Worte: „da kein andrer ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird", wenn man sie, ohne etwas hinzuzusetzen, oder zu verändern, gramatikalisch erklärt, keinen andern, als den Sinn haben, daß die Zuziehung von sieben Zeugen nur dann nöthig sei, wenn ein schon errichtetes testamentum par int. lib. durch einen spätern letzten Willen desselben Testators rumpirt werden solle, und

b., geht auch aus dem ganzen Zusammenhange deutlich hervor, daß es gar nicht die Absicht gewesen, an den Grundsätzen des römischen Rechts über Errichtung von Testamenten, und namentlich solcher der fraglichen Art, im Wesentlichen etwas zu ändern, und die eben gedachte Stelle lediglich eine in ihrer Wortfassung allerdings nicht preiswürdige Nachbildung des in I. 21. C. de testam. enthaltenen Satzes ist „hoc inter liberos testamentum ita infirmatur, si pater septem testibus praesentibus declaret, se nolle, testamentum valere, ut aliam disponat voluntatem, vel in testamento perfecto vel in non scripta perfecta voluntate."

Das Einzige, was in der Notariatsordnung in vorliegender Beziehung als etwas Neues hinzukommen, ist die Vorschrift für die Notarien, daß, wenn diesen ein dergleichen schriftliches testamentum par. int. lib. übergeben wird, zu diesem Acte zwei Zeugen adhibirt werden sollen.

Digitized by Google

108.

Res incertae aestimationis.

Erk. vom 26. Octbr. 1836, in S. Döbritz ℄. Kretzschmar.

Zu den Gegenständen, welche eine bestimmte Schätzung in der Regel, uud wo nicht besondere gesetzliche Bestimmungen eintreten, nicht gestatten, gehören, nach der in der Praxis befolgten Ansicht, auch solche Gerechtigkeiten, deren Gegenstand einer oft eintretenden Veränderung des Werths, nach Steigen und Fallen der Preise desselben, unterworfen ist.

Dr. Stiehlers praktisches Handb. Nr. 18, S. 65.

Daß zu diesen, einer häufig stattfindenden Veränderung des Preises unterliegenden Gegenständen auch Getreide zu rechnen sei, ist bekannt. Die für einen gewissen Zweck ertheilten gesetzlichen Bestimmungen stehen dem nicht entgegen, da sie für diesen Zweck nothwendig waren, und daher auf solche Befugnisse ausgedehnt werden mußten, welche unbestritten für res incertae aestimationis zu achten sind, z. B. das Recht, Lehngeld zu fordern, hinsichtlich dessen es in jedem Jahre ungewiß bleibt, wie viel Fälle, welche sich zu Geltendmachuug desselben eignen, eintreten werden — Gesetz vom 17. März 1832. §. 83. fl. — Gesetz-Samml. Seite 190. flg.

109.

Fragstücke, die das directe Gegentheil des Beweises enthalten.

Erk. vom 2. Novbr. 1836, in S. Andrä ℄. Franke.

Allerdings sind die unter den generellen begriffenen und nicht gegen die einzelnen Beweisartikel des Gegners gerichteten Interrogatoria praeliminaria ad causam in mehreren Prozeßordnungen,

Danz, Grundsätze des gem. Prozesses §. 286.

Knorr, Anleitung zum gerichtl. Prozeß. Hauptst. XI. §. 6. so wie insbesondere in der Sächsischen E. P. O. Tit. 20. §. 2.

Digitized by Google

verboten. Keineswegs aber können, wie

Rivinus, Enunc. iur. ad tit. 20. §. 2.

Kind, Quaest. for. ed. l. T. III. pag. 324.

mit Recht bemerken, die speciellen, zu den Beweisartikeln des Gegners übergebenen Fragstücke, welche von

Barth, Hodog. for. pag. 131. h.,

ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit gemäß, pars et explicatio articulorum genannt werden, und deren Zweck dahin gehet, zu erforschen, ob die angegebenen Zeugen den eigentlichen Sinn und Umfang desienigen, worüber selbige zu den Artikeln abgehört werden sollen, gehörig gefaßt und von dem Gegenstande ihrer Befragung die erforderliche Kenntniß haben, wenn schon iene interrogatoria das directe Gegentheil der von dem Producenten in seinen Artikeln aufgestellten Behauptungen enthalten, zu den unzulässigen gerechnet werden, worunter vielmehr nur diejenigen gehören, wodurch der Beweis eines reinen exceptioischen, lediglich in dem Gegenbeweise auszuführenden Vorbringens hergestellt werden solle.

110.

Schulden der Ehefrau, in Bezug auf Receptitien.

Erk. vom 16. Novbr. 1836, in S. Kühnel ./. Bornin.

Da bona receptitia nicht anders, als wenn deren Existenz besonders erwiesen, angenommen werden können, so ergiebt sich schon hieraus, daß in der Regel alle von Ehefrauen, ohne Einwilligung ihrer Ehemänner, contrahirten Verbindlichkeiten für ungültig erklärt werden müssen. Ist iedoch die Existenz von Receptitien außer Zweifel, so kann der von einer Ehefrau übernommenen Verbindlichkeit die rechtliche Wirkung insoweit nicht versagt werden, als ihre bona receptitia, diese Verbindlichkeit zu erfüllen, hinreichen und dem übrigen Vermögen derselben kein Eintrag geschieht. Denn von Seiten des Gläubigers der Ehefrau bedarf es keiner besonderen Erklärung, die Ehefrau, wegen

Digitized by Google

ihrer Receptitien, sich verpflichten zu wollen, weil diese Absicht schon aus dem Geschäfte selbst hervorgehet.

Von Seiten der Ehefrau, welche wissentlich, daß sie Receptien besitze, sich verbindlich macht, bedarf es ebenfalls keiner speciellen Erwähnung dieser Güter, weil sie nach dem Gesetze in so weit den Unverheiratheten gleich stehet. Besitzt sie bona receptitia, so muß sie demnach wissen, daß sie sich, in Beziehung auf diese Güter, verbindlich machen kann; sie wird daher offenbar arglistig handeln, wenn sie, der Kenntnisse ihrer Vermögensverhältnisse und daß ihr über die Receptitien eine freie Disposition zustehe, ungeachtet, einer übernommenen Verbindlichkeit durch den Einwand sich entziehen wollte, daß sie der Receptitien dabei nicht ausdrücklich Erwähnung gethan habe. Mit diesem Einwande ist sie so wenig zu hören, als unverheirathete Weibspersonen, sofern sie nur volljährig und selbstständig sind, gegen die, in Beziehung auf ihr Immobiliar-Vermögen, ohne Zuziehung eines Geschlechtsvormundes, übernommene Verbindlichkeiten aus diesem Grunde Einwendungen aufstellen können. Es darf iedoch hierbei nicht unbeachtet bleiben, daß eine von einer Ehefrau für sich allein übernommene Verbindlichkeit nur hinsichtlich der Receptitien Wirkung äußert, und das übrige Vermögen der Ehefrau wider Willen des Ehemannes dadurch nicht geschmälert werden kann.

Bei Vollstreckung eines gegen eine Ehefrau, wegen ienes Güter, ausgesprochenen verurtheilenden Erkenntnisses wird es daher zunächst immer darauf ankommen, ob zu dieser Zeit bona receptitia vorhanden sind, und wieweit solche zu Befriedigung des Gläubigers hinreichen. Der bisweilen aufgestellte Einwand, daß Verbindlichkeiten in der Regel das ganze Vermögen desienigen, der sie übernimmt, umfassen, wird dadurch beseitiget, daß der Umfang jeder Verbindlichkeit zugleich von der Dispositionsfähigkeit desienigen abhängt, der sie übernahm und nach dieser sich richtet.

Dafür, daß es zur Rechtsgültigkeit einer von einer Ehefrau, welche zu dieser Zeit bona receptitia besaß, ausgestellten Schuldverschreibung keineswegs erforderlich ist, daß in der Urkunde der Receptitien ausdrücklich Erwähnung geschehen sei,

Digitized by Google

spricht demnach zunächst der in den Gesetzen begründete Satz, daß die Ehefrauen, rücksichtlich der Receptitien, den Unverheiratheten gleichstehen. — Mandat vom 10. Nov. 1828. §. 81. u. 91. — G. S. Seite 250. und 252. — Es stimmt damit überein die Analogie des Römischen Rechts, nach welchem, soviel dasienige peculium betrifft, rücksichtlich dessen sich ein filius familias verbindlich machen kann, nirgends vorgeschrieben ist, daß bei Uebernahme einer Verbindlichkeit des peculii ausdrücklich Erwähnung geschehe, vielmehr es hinreicht, daß ein solches peculium vorhanden ist — l. 1. §. 3. l. 2. D. de SCt. Maced. (14. 6.), l. 7. D. de castr. pecul. (49. 17.) l. 18. D. de re iudic. (42. 1.), l. 7. in fin. C. ad SCt. Maced. (4. 28.), l. 2. C. de castr. pecul. (12. 37.) — Auch ist in mehreren Sächsischen Gesetzen, welche ähnliche Bestimmungen enthalten, blos die Existenz des peculii erwähnt, und keineswegs erfordert, daß die Verbindlichkeit ausdrücklich wegen desselben übernommen worden sein müsse. — Mandat vom 29. Decbr. 1728. — Beil. zur Proz. Ordn. Tit. 25. Seite 184. geg. d. Ende — Mand. vom 31. Decbr. 1827. §. 6. — G. S. 1828. Seite 5.

111.

Schwiegersöhne sind bei Vorkäufen keine Fremde.

Erk. vom 10. Septbr. 1836, in S. Hempel ./. Müller.

Der Befehl vom 7. Juni 1752, nach welchem ein Schwiegersohn, so lange zumal die Ehe zwischen demselben und der Tochter noch bestehet, oder Kinder aus solcher Ehe vorhanden sind, in Ansehung des Vorkaufs, keineswegs für eine ganz fremde und dritte Person angesehen werden soll, ist, wenn er schon durch einen, bei Gelegenheit einer Dismembration, vorbehaltenen Vorkauf veranlaßt wurde, keineswegs auf diese Vorkaufsrechte zu beschränken, sondern auch auf Vorkaufsrechte, welche einen andern Entstehungsgrund haben, anzuwenden. Dies erhellet aus der ganz allgemeinen Ueberschrift, dann aber auch aus Nachstehendem. Der Befehl erwähnt zugleich den leiblichen Sohn.

Digitized by Google

Er setzt voraus, daß gegen diesen das Verkaufsrecht nicht ausgeübt werden dürfe. Dies ist eine Anerkennung des schon damals in foro bestandenen Rechtssatzes, daß der Vorkauf gegen Kinder eines Verkäufers wegfalle.

Carpzov, Def. for. P. II. const. 32. def. 19..

Denn daß dieser Wegfall blos bei den bei Dismembrationsfällen vorbehaltenen Vorkaufsrechten und nicht auch bei den andren Statt finde, war vorher nicht Rechtens gewesen. Nun stellt iener Befehl die Schwiegersöhne, rücksichtlich des Vorkaufs, den leiblichen Söhnen gleich. Es muß also in Ansehung der Erstern dasselbe gelten, was nach der Ansicht des Gesetzgebers, hinsichtlich der Letztern, bereits bestand.

Bei dieser speciellen Bestimmung des Sächsischen Rechts kann weder auf die Meinungen der vom gemeinen Rechte handelnden Schriftsteller, noch etwas darauf ankommen, ob ein Schwiegersohn in andern Punkten z. B. bei dem Erbschaftsstempel, anders als leibliche Kinder beurtheilt werde.

112.

Locatio conductio, anwendbar auf liberale Leistungen.

Erk. vom 10. Januar 1837, in S. Huybens ./. Stimla.

Die Grundsätze der locatio conductio sind auch auf liberale Beschäftigungen, auf Künste, anwendbar; denn eben so wenig man dies hinsichtlich der Kupferstecherkunst und der Malerei — l. 5. §. 2. D. de praesc. verb. (19. 5.) — bezweifeln kann, eben so wenig könnte man außerdem den Architecten, welcher einen Bau für ein Accordquantum auszuführen unternommen, als conductor operis betrachten, ob gleich die auf locatio conductio operis sich bezeichnenden Fragmente des Römischen Rechts fast ausschließlich von Bauwerken sprechen; nicht zu gedenken, wie der ganze Titel de extraordinariis cognitionibus (50. 13.) belegt, daß des Lehrers einer freien Kunst, namentlich eines Rhetors, Grammatikers und Geometers, klagbares Honorar merces

Digitized by Google

genannt und dadurch auch eine Leistung solcher Art der locatio conductio gleich gestellt wurde.

Daß das Römische Recht, insofern dasselbe in der angegebenen Beziehung nicht zwischen liberalen und illiberalen Leistungen unterscheidet, keineswegs mit dem heutigen Culturzustand und dadurch bedingten Rechtsansichten unvereinbar ist, belegt das allgemeine Gesetzbuch für die deutschen Erblande der Oesterreichischen Monarchie, in welchem (Th. 2. Hauptst. 26. §. 1163 — 1170.) iede Art gegen eine vertragsmäßig bestimmte Vergütung zu leistender Arbeit, namentlich auch die des Käufers und sogar die des Schriftstellers, der sein Werk in Verlag giebt, sich in die, der Römischen locatio conductio entsprechende Rubrik eingestellt findet.

von Zeillers Bemerkungen zu den allgemeinen Oesterr. Gesetzbuche Bd. 4. S. 509.

Wenn es nun aber nach alle dem keinen Zweifel unterliegen kann, daß der Partheien gegenseitiges Verhältniß nach den Grundsätzen von der locatio conductio zu beurtheilen ist; so tritt demnächst die Frage ein, in welcher Maße diese letztere unter die Stelle §. 4. des Anhangs der E. P. O. zu subsummiren sei, ob hier die Modalität, in welcher das Werk herzustellen gewesen, nicht die Herstellung im Allgemeinen, zum Klaggrund gehört; ob deshalb etwa zu machende Ausstellungen als Exceptionen und darum, insofern sie illiquid sind, zur Widerklage oder besondern Ausführung gehören? eine Frage, welche nicht durch den Satz entschieden wird, daß Sachverständiger Ermessen zu entscheiden habe, wenn der Locator die Billigung verweigert.

Curtius, Handbuch ꝛc. Th. 4. §. 1477.

Schweppe, Röm. Privatr. Bd. 3. §. 473. S. 240.

Unbestritten gewiß aber ist es, daß selbst nach rein Römischem Rechte, und obschon nach diesem die exceptio non adimpleti contractus eine wirkliche Exception und kein geleugneter Klaggrund ist.

Heerwart über die Except. non adimpleti contr. Archiv für civilist. Praxis Bd. 7. §. 18.

die locatio conductio operis eine Ausnahme macht und der Conductor die gehörige Erfüllung in der Maße zu beweisen hat,

Digitized by Google

daß er die gehörige Herstellung des Werkes in Liquidität setzt — l. 62. D. loc. cond. (19. 2.) „si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, autequam eum probares, labes corrupit, tuum periculum est"; und in l. 37. eod. die Worte: „si prius, quam locatori opus probatur." —

113.

Das Interusurium bei unverzinslichen Capitalien und beim peculio adventitio.

Erk. vom 7. Januar 1837, in S. des Harger'schen Creditwesens.

Das Interusurium (in den Gesetzen commodum temporis, repraesentationes genannt) findet nur bei verzinslichen Capitalien statt, die vor der Verfallzeit eingezahlt werden müssen,

Thibaut, System des Pand. Rechts §. 289.

und bestehet in Ersatz des Schadens, daß der Schuldner das Capital nicht noch länger nutzen kann. Wo also der Schuldner verzinsen muß, oder wo mit dem Genusse des Capitals eine Last verbunden ist, wie z. B. mit dem väterlichen Nießbrauche an dem peculio adventitio der Kinder, da tritt ein solcher Schade nicht ein, weil der Schuldner mit der frühern Auszahlung des Capitals oder Peculiar-Vermögens zugleich von der Verzinsung oder Alimenten-Verbindlichkeit frei wird. Der Vater ist auch keineswegs berechtiget, die seinen ehelichen Kindern gereichten Alimente von der Substanz des peculii adventii der Kinder abzuziehen, selbst dann nicht, wenn deren Betrag den Werth des Nießbrauchs an diesen peculio übersteigt. l. fin. §. 5. C. de bonis, quae liberis (6. 61.)

Bauer, Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato, in Opus. Tom. I. pag. 79. §. 12. in fine et §. 13.

Thibaut, a. a. O. §. 358.

Digitized by Google

114.

Transferirung der Vertragserben auf ihre Erben, wenn Erstere vor dem Erblasser sterben.

Erk. vom 9. März 1837, in S. Prossen ./. Heußner.

Dem bisweilen, namentlich von:

von Bülow und Hagemann, pract. Erörterung. Bd. 4. Erört. 21. Seite 375.

Hesse, über Erbvertrag in Rhein. Museum. Jahrg. 2. Seite 200.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. 3. Ausg. §. 344. S. 839.

Mauvenbrecher, Lehrb. des deutsch. Rechtes §. 365. Seite 754.

aufgestellten Rechtssatze, daß, wenn ein Vertragserbe vor seinem Erblasser stirbt, er sein Vertragserbrecht auf seine Erben transferire, pflichtet das Oberappellationsgericht nicht bei; denn auch ein Erbvertrag wird, wie in der Regel andere Verträge — l. 13. C. de contrah. et committ. stipul. (8. 38.) — zugleich für die Erben der Contrahenten eingegangen und enthält auf Seiten der Vertragserben das dem Erblasser gegebene Versprechen, daß er sein Erbe sein wolle, von welchen er einseitig nicht zurücktreten kann, (pacta sunt servanda). Da ihm diese Verbindlichkeit schon vermöge des Erbvertrags selbst obliegt; so bedarf es auch seinerseits nicht erst des Antritts nach dem Tode des Erblassers und, ob er gleich nur pro viribus hereditatis für die Erbschulden gehalten ist; so stehet ihm doch nicht das Befugniß zu, die Vertragserbschaft nachher auszuschlagen. Auf der andern Seite erwirbt er aber auch durch den Erbvertrag selbst ein Erbrecht, welches, sollte er auch vor dem Erblasser verstorben sein, auf seine Erben transferirt wird. Die Meinung vertheidigen

Westphal, das Deutsche Privatrecht Abth. 71. Anmerk. 11. 2. Bd. S. 346. flg.

Danz, Handbuch des heutigen Privatr. Deutsch. Bd. 7. §. 660. S. 388.

Mittermeier, Grundsätze des gem. Deutsch. Priv. Rechts. 6. Ausg. §. 403. Abth. II. S. 739.

Digitized by Google

Hofacker, Princip. iur. civ. §. 1403. Not. 6.
Glück, Comment. Bd. 6. §. 542. Tit. 2. S. 557.
Hommel, Rhaps. obs. 320.
Curtius, Handbuch, Bd. 2. §. 835. S. 364.
Hellfeld, de transmissione iuris succedendi, antecessoris morte non delato. §. 6. in Opusc. pag. 434.
J. H. Böhmer, de fundamendo pactor. famil. Cap. II. §. 11. Not. 7.
Green, Progr. de transmissione hereditatis delatae non aditae. Lips. 1792. VIII.
J. G. Rösing, Diss. de pactis success. sec. princip. iur. hod. Götting. 1799. §. 30.

Dagegen wächst die durch den Wegfall eines Vertrags-Miterben vacant gewordene Erbportion keineswegs den übrigen Vertragserben zu; sondern fällt an den Vertragserblasser zur freien Disposition zurück. Nämlich das ius accrescendi, welches nach Römischen Rechten bei Testamentserben entweder für den Theil des Vermögens, worüber nicht testirt ist, oder für die portio vacans eines weggefallenen Miterben eintritt, gründet sich auf die Regel, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. l. 39. D. de adquir. v. omitt. hered. (29. 2.) l. 7. D. de reg. iur. (50. 17.). Ein Erbvertrag aber ist keine testatio, folglich auch darauf iene Angelegenheit nicht auszudehnen. Ferner: ein Erbvertrag beruhet auf der Acceptation des Erben; diese ermangelt aber für denienigen Theil des Nachlasses, der dem Vertragserben im Erbvertrage nicht zugesichert worden ist. l. 110. D. de verb. obligato (45. 1.)

Dazu kommt, daß überhaupt die Erbrechte deutschen Ursprungs, z. B. auf die statutarische Portion, auf die ehemaligen Grade und Heergeräthe, neben der testamentarischen Erbeinsetzung zur Anwendung gebracht worden sind,

Heineccii, Elem. iur. Germ. Tit 7. §. 200. Tom. I. pag. 515.

ein Gleiches mithin bei dem deutschen Erbvertrage gelten muß.

(Auf eingewendete Appellation bestätigte das Oberappellationsgericht das vorige Erkenntniß unterm 15. September 1837 und fügte hinsichtlich des vorstehenden Rechtssatzes folgende Gründe hinzu:)

Digitized by Google

Bei Testamenten kommt in Betracht:

1., daß der Testator beliebig und zu ieder Zeit seinen letzten Willen abändern und wiederrufen kann,

2., daß dann, wenn der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser stirbt, oder die Erbschaft ausschlägt, und nicht schon auf diesen oder ienen Fall durch Substitution im Testamente Vorkehrung getroffen worden ist, die letztwillige Verordnung destituirt wird, und

3., daß dem eingesetzten Erben freisteht, sich binnen der ihm dazu vergönnten Frist zu erklären, ob er eine ihm angefallene Erbschaft antreten oder sich davon lossagen will.

Mit der Antretung der Erbschaft erklärt erst der Erbe seine Zustimmung, und erhält dadurch ein Eigenthumsrecht auf die Erbschaft, weshalb in der Regel (die bekannten Ausnahmen gehören nicht hierher) die Transmission der Erbschaft von deren bewirkten Antretung bedingt wird.

Ganz verschieden hiervon ist das Verhältniß bei Erbverträgen. Denn

1., sind diese unwiederruflich;

2., hat der Erbe durch die Acceptation des Vertrags schon seine Zustimmung und die zu bewirkende Antretung der Erbschaft erklärt, daher es einer besondern Adition nicht bedarf, keine Deliberationsfrist vergönnt ist, und keine Lossagung statt findet, vielmehr der Erbe den Nachlaß antreten und solchen, soweit dessen Bestand zureicht, vortreten muß;

3., kann nach abgeschlossenem, seinen ganzen Nachlaß umfassenden Erbvertrage, der Erblasser nur insofern auf den Todesfall über sein Vermögen verfügen, als er sich deshalb einen Vorbehalt gemacht und ausdrücklich bedungen hat;

4., damit es nicht an einem Erben in dem Falle, daß der Vertragserbe vor dem Vertragserblasser stirbt, fehle, ist der Erbe des Vertragserben eben so berechtigt, als verbunden, den Nachlaß des Vertragserblassers anzutreten, und pro viribus denselben zu vertreten.

Es trat mithin bei Erbverträgen der Grundsatz: pacta sunt servanda als Regel ein. Eine Ausnahme macht davon das Gesetz nur rücksichtlich der vor Eingehung oder während der Ehe zwischen Eheleuten abgeschlossenen Uebereinkommen auf den Todes-

Digitized by Google

fall, welche ebenso, wie das gesetzliche Erbfolgerecht, in Wegfall gelangen, wenn die Ehe vor des Erblassers Tode rechtskräftig getrennt worden ist. — Mandat vom 31. Januar 1829. §. 92. 93. 97. verb. mit §. 79. 80. 110.

(Gleicher Ansicht war auch das Oberappellationsgericht in einer Entscheidung vom 9. März 1837. in S. Haußner ./. Klemm.)

115.

Rückforderung inferirter Mobilien aus dem ehemännlichen Concurse.

Erk. vom 21. Januar 1837, in S. des Julianischen Creditwesens.

Die Ansicht, daß eine Ehefrau aus dem Concurse ihres Ehemannes die demselben bei oder nach der Verheirathung zugebrachten Mobilien oder deren Werth nur dann zurückfordern könne, wenn der Illation eine Würderung venditionis gratia vorausgegangen sei, betrifft eine streitige Rechtsfrage.

Biener, Opusc. acad. T. III. quaest 41.

Die entgegengesetzte Behauptung, nach welcher auch der sogenannten instructus muliebris als ein Theil des Brautschatzes anzusehen ist, und Alles, was die Ehefrau bei der Verheirathung ein- und zugebracht hat, ohne sich das Eigenthum und den Nießbrauch ausdrücklich vorzubehalten, als Heirathsgut zu betrachten ist, es mag venditionis gratia geschätzt worden sein oder nicht, wird von bewährten Rechtslehrern vertheidiget.

Hommel, obs. 110.

Griebner, Discurs. S. 415. Note 35. der Küstner Ausg.

Dabelow, Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, Seite 618.

Nach dieser Meinung kann die Ehefrau den Werth der Mobilien auch außer dem Falle, wenn dieselbe durch die Schuld des Ehemannes verloren gegangen, oder von ihm veräußert und das Geld in desselben Nutzen verwendet worden, in Concurse liquidiren.

Digitized by Google

116.

Entschädigungs-Verbindlichkeit dessen, der auf Geheiß beschädiget hat, und die solidarische Verbindlichkeit Beschädiger.

Erk. vom 9. Septbr. 1837, in S. Bär ./. v. Trautvetter.

Derjenige, welcher eine rechtswidrige Handlung, auf Geheiß oder mit Genehmigung eines Andern, verübt, wird durch die Genehmigung nicht entschuldigt, mithin für die Folgen seiner Handlung in gleicher Maaße, wie derjenige, welcher dieselben gut geheißen hat, in solidum zu stehen, gehalten, l. 1. §. 13. D. de vi et vi arm. (43. 16.), l. 5. §. 14. C. 6. D. quod vi aut clam (48. 24.), l. 11. §. 34. 5. D. de iniuriis (47. 0.), l. 3. §. 1. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48. 7.), l. 5. C. de accusat. (9. 2.)

Berger, Oec. iur. lib. III. tit. 9. th. 36.

Schweppe, Röm. Privatr. Th. 3. §. 493. Seite 291.

Glück, Comment. Bd. 10. §. 104. S. 379. und Bd. 15. §. 953. S. 256. flg.

Curtius, Handbuch Th. 4. §. 1518.

Daß hiernächst nach Römischem Rechte die solidarische Verbindlichkeit des Einen von mehreren Beschädigern durch die von dem Andern geleistete Zahlung nicht getilgt werde, hatte seinen Grund in der damaligen Pönal-Qualität der actio ex l. Aquil. Da aber heut zu Tage diese Eigenschaft der gedachten Klage wegfällt;

Curtius, a. a. O. Th. 3. §. 1159. Not. h. S. 59.

Glück, a. a. O. Th. 12. §. 828. S. 419.

so hat auch nach heutigem Rechte die von Einem mehrerer Beschädiger geleistete Zahlung die Wirkung, daß dadurch die Uebrigen von der solidarischen Verbindlichkeit gegen den Beschädigten befreit werden.

J. H. Böhmer, Doctr. de actionibus Sect. II. cap. 11. §. 21.

Kleinschrod, von dem Ersatze des durch Verbrechen gestift. Schad. §. 9. 10. in dessen Abhandl. aus dem peinl. Rechte Th. 3. Seite 345. 349. flg.

Glück, a. a. O. Th. 10. §. 405. S. 385. und die Note 50. angez. Schriftsteller.

Digitized by Google

Curtius, a. a. O. Th. 3. §. 1144. flg. Seite 50. flg. Uebrigens ist es, rücksichtlich dieser Wirkung einerlei, ob der Eine von den Gesammtschuldnern die ganze schuldige Summe, abentrichtet, oder sich, wegen dieser Summe, mit den Gläubigerr vergleicht und nur das durch den Vergleich Festgesetzte abführt.

(Ueber die solidarische Verbindlichkeit mehrerer Beschädiger hat sich ziemlich in gleicher Weise das Oberappellationsgericht auch durch ein Erkenntniß vom 27. Novbr. 1839. in Sachen der Leipziger Feuerversicherungs-Anstalt /. Gebhardt ausgesprochen.)

117.

Der Ladung auf eine Klage muß die Abschrift der letztern beiliegen.

Erk. vom 21. März 1837, in S. Hempel /. Angermann.

Die C. P. O. Tit. 4. §. 2. verordnet ausdrücklich, daß Consorten, welche pro universitate nicht geachtet werden, nicht nur allerseits absonderlich, und zwar durch einen Umlauf, citirt werden, sondern, daß auch die Boten auf iedem Dorfe oder iedem Orte eine Abschrift davon, so zu demselben Ende mitzugeben sei, zurücklassen sollen. Die Mittheilung des Klaganbringers aber ist ein integrirender Theil der Ladung, welche sich daher auch auf die anliegende Abschrift desselben zu beziehen pflegt, und ohne dieselbe einen ihrer Hauptentzwecke zu erreichen nicht im Stande sein würde. Denn die Ladung soll den Beklagten von dem Gegenstande der Klage in genaue Kenntniß setzen und muß gewisse gesetzlich gestattete Fristen enthalten, damit es dem Beklagten möglich bleibe, sich auf dem Termin zu Güte und Recht und die Einlassung oder Recognition gehörig vorzubereiten.

Je wichtiger aber iene Verhandlungen für die Partheien, ie nachtheiliger die Folgen einer mangelhaften oder nur unvorsichtigen Einlassung oder Recognition auf die Rechte des Beklagten sind, um so unpassender würde es sein, wenn ihm die Klage nicht tempstiv in Abschrift zugestellt werden sollte, um ieden Satz derselben vorher sorgfältig in Ueberlegung nehmen zu können.

Digitized by Google

Dem ist auch nicht entgegenzusetzen, daß dem Beklagten ja freistehe, die Klage an Gerichtsstelle in Augenschein zu nehmen. Denn in dem Termine würde dies in den meisten Fällen zu spät, vorher aber nur dem am Orte oder in dessen Nähe wohnhaften Beklagten möglich sein. Ueberhaupt aber beruhet die Nothwendigkeit der Klag-Mittheilung bei der Ladung so sehr in der Natur und dem Zwecke des prozeßualen Verfahrens, daß weder in älteren noch neueren Zeiten irgend ein Zweifel darüber stattgefunden hat.

Auth. C. offeratur ei etc. (3. 9.)

l. 1. C. de edendo (2. 1.)

Griebneri, Princip. proc. iud. L. I. cap. I. sect. 2. §. 3.

Pfotenhauer, doctr. proc. ed. nov. §. 271.

Biener, Syst. proc. ed. nov. §. 87. not. 5. etc. §. 62.

118.

Können förmliche Restitutionsklagen verlangt werden?

Erk. vom 3. Januar 1849, in S. Wendisch u. Conf. ./. Hießinger und Conf.

Wenn Jemand zu Aufhebung eines Vertrags oder andren außergerichtlichen Geschäfts, durch welches seine Rechte bedroht sind, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht; so muß er dies mittelst förmlicher Klage thun; denn es ist der erste Schritt, mit welchem er den Rechtsweg betritt.

Wenn aber wider ein rechtskräftiges Urtheil die Wiedereinsetzung gesucht wird, so setzt dies einen schon anhängigen oder beendigten Prozeß voraus, und es soll blos ein Zustand wieder aufgehoben werden, welcher diesen Prozeß herbeigeführt hat. Das Material desselben liegt bereits in den Acten aus, und es bedarf blos

1., der Angabe einer gerechten Sache, das Urtheil anzufechten und

2., der Beibringung derselben.

Digitized by Google

Zu 1. In ersterer Hinsicht macht es einen wesentlichen Unterschied, ob die ansuchende Partei bereits mit allen zuläßigen Rechtsmitteln gegen das Urthel gehört worden ist, oder ob sie nur gegen Versäumniß der Frist, in welcher sie eine Appellation noch einwenden konnte, restituirt sein will. Im ersten Falle ist die Zahl der Restitutionsgründe weit beschränkter; die zuläßigen unter derselben lassen sich eben sowohl auch unter dem Begriff der Nichtigkeit bringen, und namentlich kann weder Minderjährigkeit, noch die clausula praetoris generalis, noch auch das Vorbringen neuer Thatsachen, wenn es nicht auf neu aufgefundenen Urkunden sich stützt, nach Sächsischem Rechte, als ein solcher Grund gebraucht werden. Es ist aber kein rechtlicher Grund vorhanden, den Mißbräuchen, welche in dieser Hinsicht möglich und an sich selbst leicht erkennbar sind, auch noch unnöthig erscheinende, für beide Parteien lästige Formen entgegen zu setzen.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. 7. Bd. S. 279. flg.

Zu 2. In letzterer Hinsicht kann die Thatsache des Restitutionsgrundes auf verschiedene Weise, z. B. durch Acten und öffentliche Urkunden, durch ordentlichen Beweis, durch Bestärkungseid, oder durch Criminaluntersuchung, beigebracht werden, wenn vom Meineide, von falschem Zeugnisse, oder gefälschten Urkunden die Rede ist. Wenn nun das Thatsächliche auf die eine, oder auf die andere Weise erörtert, und beide Theile darüber gehört worden sind; so erscheint die Verweisung zu einer neuen Klage völlig überflüssig, und der Richter kann sofort in der Hauptsache entscheiden.

Das Römische Recht, auf welchem die hier fragliche restitutio in integrum hauptsächlich beruht — l. 33. D. de re iudicat. (42. 1.) nennt zwar die restitutio in integrum eine „reintegrandae rei vel causae actio",

Paul, recept. sent. lib. I. tit. 7. §. 1.

und spricht in einem analogen Falle davon, daß man die Sache einer neuen Cognition unterwerfen müsse: „admonendi sumus, ex integro causam agere" — l. 31. D. de iure ius. (12. 2.)

Allein das Wort actio ist hier nicht so zu verstehen, als

wenn ein neuer vollständiger Prozeß mit Klage und Einlassung von vorn beginnen müsse, sondern es bezeichnet nur eine anderweite Prüfung und Revision der Sache (retractatio causae), und diese braucht nur auf dem Restitutionsgrund und die davon betroffenen Punkte gerichtet zu werden. Ist derselbe bereits genügend vorgebracht; so kann sofort zur Bescheinigung geschritten werden l. 33. D. eod. „Tu, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se in integrum restituere“ l. 3. C. si ex fals. instrum. (7. 58.) „Nisi probare poteris — adversus te pronuntiasse“ — Die C. P. O., welche Tit. 37. §. 2. die Vorschrift der l. 33. D. de iureiur. wiederholt, sagt nur ganz allgemein: Wenn einer vorwenden wollte, es wäre ein Urthel aus falschem Gezeugniß gesprochen, soll ihm dasselbe anzubringen und auszuführen freistehen. Ein Näheres hat auch

Kind, Quaest. for. T. III. c. 99. ed. 2.,

welche Stelle von vielen Rechtslehrern angezogen wird, nicht behauptet. Seine Meinung geht vielmehr nur dahin, daß wenn ein Prozeß rechtskräftig entschieden, und alle ordentliche Rechtsmittel verbraucht seien, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die Rechtskraft nicht brevi manu, sondern nur nach vollständiger Erörterung zu ertheilen sei, und daß diese in erster Instanz statt zu finden habe. Vor dem (vormaligen) Appellationsgericht könne dies daher nur in sofern, als der Gegentheil dessen Gerichtsbarkeit unmittelbar unterworfen sei, geschehen, und da werde eine neue Restitutionsklage zugelassen. Ueber die Form aber, in welcher diese Klage einzurichten, oder fortzustellen sei, bestehen nirgends ausdrückliche beschränkende Vorschriften, und sind auch in der Bekanntmachung des Oberappellationsgerichts vom 9. März 1848. —, Gesetzbl. S. 31. —, welche im §. 2. diesen Gegenstand berührt, nicht aufgestellt. Der Gerichtsbrauch des vormaligen Appellationsgericht, von welchem Kind spricht, findet, nach der durch §. 1 des Gesetzes unter B. und §. 11 des Gesetzes unter C. vom 28. Januar 1835 veränderten Justizeinrichtung, keine Anwendung mehr. Endlich kann die streitige Frage, ob die Restitutionsklage bei dem bisherigen Prozeßgericht oder bei dem ordentlichen Richter des Gegentheils anzubringen sei, in

Digitized by Google

gegenwärtigem Falle bei Seite gesetzt bleiben, da das Endurthel noch nicht purificirt, mithin der Rechtsstreit noch nicht völlig beendiget ist, und die Entscheidung darüber, ob Kläger noch zu dem erkannten Erfüllungseide zu lassen sei, mit dem Restitutionsgesuche selbst unmittelbar zusammenhängt.

119.

Wechselbriefe und Anweisungen von Frauen, welche nicht Handelsfrauen sind.

Erk. vom 30. Mai 1848, in S. Kellner *). die verw. Wolke.

Insoweit die Klage auf den Anführungen beruht, daß

a., die Beklagte, nach Aushändigung einer von ihr auf K. an Klägers Ordre gezogenen, u. s. w. zahlbaren Anweisung über u. s. w. von Klägern Valuta gewährt erhalten habe, und

b., nachdem diese von Klägerin girirte, und noch durch mehre Hände gegangene Anweisung von dem Bezogenen zur Verfallzeit nicht honorirt worden, und Kläger, nach Rembourseleistung an seine Giraten, M. et. Co., des Regresses halber, an Beklagte sich gewendet, Letztere, unter Vorschützung augenblicklicher Zahlungsunfähigkeit, ihn zur Annahme eines von ihr ausgestellten Solawechsels über den Capitalbetrag disponirt habe;

so ist zunächst so viel außer Zweifel, daß Beklagte aus der Ausstellung der gedachten wechselmäßigen Anweisung, so wie des späteren Solawechsels an sich nicht verbindlich werden konnte, da sie, wenn auch zur betreffenden Zeit über 25 Jahr alt und für sich dispositionsfähig, doch niemals Handelsfrau gewesen, wenigstens dies von Klägern nirgends behauptet worden ist, andere Frauenspersonen aber, als Handeltreibende, gesetzlich nicht fähig, wechselmäßige Verbindlichkeiten einzugehen. — Landtagsabschied vom 28. Decbr. 1616; Anh. der C. P. O. §. 11; Mand. zur Erläuter. des Mand. wider das Aufborgen junger Leute v. 1729, und die Wechselbrief- und Schuldverschreibungen derer. Weibspersonen Abh. vom 18. März 1727. — C. C. A. II. S. 1130. —

Nun beziehet sich zwar Kläger darauf, daß die Wechselbriefe von Frauenspersonen, dafern sie nur über 25 Jahre alt, wenigstens als gewöhnliche Schuldverschreibungen Geltung behalten müßten. Allein, wäre ihm auch hierunter beizupflichten,

Gottschalk, Discept. for. Tom. II. c. 20. pag. 255;

so ist doch nicht abzusehen, wie hierdurch für die Aufrechthaltung der vorliegenden Klage etwas gewonnen werden kann, da der Kläger weder den Executiv-Prozeß angestellt, noch überhaupt die betreffende Urkunde beigebracht, noch selbst nur ihrem Inhalte nach in der Klage, welche auf den Eid gestellt worden, aufgenommen hat, mithin auch von einer seiner Seits erfolgten Benutzung derselben als simple Schuldverschreibung nicht die Rede sein kann; da hierzu, der Natur der Sache nach, vor Allem dringend erforderlich gewesen wäre, daß sie, ihrem vollständigem Inhalte nach, zur Kenntniß des Richters gebracht worden, um diesen in den Stand zu setzen, zu ermessen, ob sie geeignet, den erhobenen Anspruch zu begründen.

Eben so wenig läßt sich dem Kläger beipflichten, wenn er auf die Behauptung zurückkommt, daß allein schon sein Anführen, er habe von der Beklagten die betreffende Anweisung ausgehändigt erhalten, nachdem derselbe Valuta von ihm gewährt worden, zur Fundirung der Klage ausreiche. Denn der Ausdruck, Beklagte habe von Klägerm Valuta gewährt erhalten, ist für den gebrauchten Eidesantrag iedenfalls zu unbestimmt und zu allgemein, und es stellte sich dieses Anführen mehr, als ein Urtheil oder eine Folgerung, denn als die Behauptung einer eigentlichen Thatsache dar. Die dem Kläger zu Begründung des Regreßanspruchs, wegen nicht erfolgter Erneuerung der Anweisung, Seiten des Assignaten obliegende genaue Angabe und Nachweisung des ursprünglichen Geschäfts, in dessen Folge die Beklagte seine Schuldnerin, nach Höhe der assignirten Summe, geworden,

von Langenn und Kori, Erörterungen pract. Rechtsfr. 1. Th. S. 75,

konnte daher im Ordinarprozesse durch jenes Anführen keineswegs ersetzt oder entbehrlich gemacht werden.

Digitized by Google

120.

Was bedarf es für den Inhaber eines Wechsels zu dessen Sachlegitimation?

Erk. vom 15. April 1848, in S. Lessing ℅. Gebr. Müller.

Der Entscheidung der vorigen Instanz und der Ansicht von den Erfordernissen der Rechtfertigung zur Sache, und daß namentlich der fragliche Wechsel nicht Beklagte, sondern den D. als seinen Eigenthümer bezeichne, ist nicht beizupflichten. Die Beklagten wurden durch das Indossement von P. am 23. Octbr. 1846 Eigenthümer, ia eigentlich Remittenten des Wechsels, traten aber darauf durch ihr Indossement von demselben Datum, womit sie das Papier an D. begaben, in die Reihe der Vertreter desselben; und an der Verbindlichkeit, den protestirten Wechsel im Wege des Regresses einzulösen, wenn er nicht präiudicirt worden, ist hier eben so wenig ein Zweifel, als daß, nach Maßgebung des beigebrachten Protestes, und der dadurch bescheinigten Ehrenzahlung, die Bedingung eines von Beklagtem zu leistenden Rembourses völlig eingetreten. Wenn die Bedingung und Zuständigkeit einer Regreßnahme auf einem Inhaber des Papiers auf dem Protest beruhet, welcher ebenfalls in seinen Händen befindlich ist, dann tritt, nach den Grundsätzen des Wechselrechts, die Präsumtion, daß der Wechsel durch Rembours eingelöset sei, hinzu, und, dem Dritten gegenüber, ist dadurch die Legitimation zur Sache vollständig erbracht, wenn wider ihn auf Rembours geklagt wird. Zu der Annahme, daß nach dem Zustande des Papiers — es war mehrfach durchstrichen — D. als Eigenthümer desselben zu achten und zu dessen Vindication berechtiget sei, ist um so weniger Grund vorhanden, als er zu dessen Wiedererlangung doch auch erst durch einen Rembours gelangen können, welchen er seinen Addreſſaten zu gewähren verpflichtet war. Dieser Rembours ist eben so wenig urkundlich dargethan. Daß man auf das Ausstreichen des Indossements kein Gewicht zu legen hat, ergiebt sich von selbst, weil es an aller Auskunft darüber gebricht, wer dieses Ausstreichen vorgenommen haben soll.

Digitized by Google

Stellt sich nun die Legitimation der Beklagten zur Sache, unter den vorwaltenden Umständen, als vollkommen erbracht dar; so erscheint auch die Verbindlichkeit des Klägers, sich, wegen der Recognition des auf dem Wechsel ersichtlichen Accepts, zu erklären, einem erheblichen Bedenken nicht unterworfen. Es ist zwar wahr, daß der Fall, wo ein Familienname ohne allen Beisatz eines Vornamens gezeichnet ist, nicht mit dem zu verwechseln ist, wo ein verschiedener Vorname ersichtlich ist, hier aber liegt ein Indicium der Verschiedenheit der Personen vor, welches dort nicht abzunehmen ist.

121.

Entwährungsanspruch des Käufers, wegen alter Hypotheken.

Erk. vom 15. Juni 1848, in S. Hempel ./. Hähnel.

Die Beklagte hat in einem Kaufvertrage die Bezahlung der noch verbleibenden Kaufgelder von 1000 Thlr. versprochen, hatte das Grundstück in Lehn genommen und übergeben erhalten; wendete aber gegen die vom Verkäufer erhobene Executionsklage ein, daß das Gericht, nach ertheilter Confirmation und Lehn, bei Anlegung des neuen Hypothekenbuchs, auf Grund der in den früheren Kaufbüchern enthaltenen Unterlagen, zwei alte ungelöschte Hypotheken auf ihr Folium eingetragen, auch ihren Widerspruch dagegen nicht berücksichtiget, sondern nur beinotirt habe. In zweiter Instanz wurde die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen; die dritte Instanz änderte dies, und sprach sich, in Beziehung auf die vorigen Gründe dahin aus,

Der Inhalt der in jenen Gründen allegirten Römischen Gesetze l. 41 D. de act. emti vend. (19. 1.) und l. 5. und 24. C. de evict. (8. 45.) bringt eine Unschlüssigkeit der vorliegenden Klage nicht mit sich. Nach der ersten dieser Stellen, welche von der Gewährleistung einer bei dem Kaufcontract unerwähnt gebliebenen jährlichen Leistung handelt, soll bei der Klage des Verkäufers auf den Kaufpreis die diesfalls erhobene Ein-

Digitized by Google

wendung des Käufers berücksichtiget werden. Die zweite Stelle betrifft zwar die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Gewährleistung wegen unerwähnt gebliebener Pfandrechte; sie geht iedoch auf den Fall, wenn die Uebergabe noch nicht geschehen ist, und sie giebt dem Käufer nur ein Recht, Befreiung des Grundstücks von dem Pfandrecht zu fordern. In der dritten Stelle ist die Rede von der Entwährung der verkauften Sache selbst, und davon, daß deshalb vor der Zahlung des Preises bereits Streit erhoben — „questio mota" —, daher noch auf der Schwelle des Kaufes — „inlimine contractus" — die Entwährung droht.

Aus diesen und andern Stellen — z. B. l. 18. §. 1 D. de peric. et commod. (18. 6.) l. 52 §. 1. D. de act. emt. et vend. (19. 1.) läßt sich der zwar schon in der Sache selbst liegende, mit den deutschen Rechtsansichten ganz übereinstimmende, und in den vaterländischen Gesetzen anerkannte Satz ableiten, daß der Verkäufer für die Freiheit des verkauften Grundstücks von andern, als den bei dem Abschlusse des Contracts genannten Hypotheken, dem Käufer Gewähr zu leisten verbunden, und der vom Verkäufer auf die Bezahlung rückständiger Kaufgelder belangte Käufer Entschädigung, wegen des etwa bereits erlittenen Verlustes, oder Sicherstellung, wegen der von dem Verkäufer zu erfüllenden Verbindlichkeit, zu fordern, und zu diesem Behufe, dafern der Verkäufer ihm nicht auf andere Weise Sicherheit leistet, die schuldigen Kaufgelder, nach Höhe des Bedarfs, zurückzuhalten berechtigt ist, so wie iedoch hierdurch dem Verkäufer noch keineswegs das Recht abgesprochen wird, nach erfolgter, und vom Käufer als richtig anerkannten Uebergabe auf das rückständige Kaufgeld zu klagen, dafern blos die Möglichkeit oder eine entfernte Besorgniß vorhanden ist, daß durch Geltendmachung einer alten Hypothek oder sonst ein Entwährungsfall eintreten könnte, vielmehr hierbei eine entweder bereits erfolgte oder beantragte Entwährung vorausgesetzt wird — l. 18. §. 1. D. de peric. et com., C. 21 C. de evict. —

Carpzov, Jurispr. for P. II. cap. 34. def. 31. 32. 34. 37.. so wird in andern Gesetzstellen — l. 54. pr. D. de evict. (21. 2.) l. 19. C. eod. (8. 45.) ausgesprochen, daß dem Käufer,

Digitized by Google

welcher sich gegen den Entwährungsanspruch des Dritten mit der Einrede der Verjährung schützen kann, kein Anspruch auf Gewährleistung gegen den Verkäufer zustehe.

122.

Klage des Dritten gegen den Vollmachtsgeber aus Geschäften, die der Erstere mit dem Bevollmächtigten des Letztern gemacht hat.

Erk. vom 3. Januar 1849, in S. Vetters ./. Ohrenberg.

In zweiter Instanz wurde die Klage in der angebrachten Weise abgewiesen, und dabei in den Gründen unter andern bemerkt, daß nach den Grundsätzen des heutigen gemeinen und Sächsischen Rechts aus den mit dem Gevollmächtigten eines Dritten abgeschlossenen Verträgen gegen den Machtgeber selbst von den andern Contrahenten in der Regel nur dann unmittelbar geklagt werden könne, wenn der Gevollmächtigte entweder im Namen seines Machtgebers, oder mit Bezug auf den ihm von diesem ertheilten Auftrag den Vertrag geschlossen hat, oder der andere contrahirende Theil wenigstens aus sonstigen, beim Abschluß des Vertrags vorhandenen, ihm bekannten Umständen, auch ohne ausdrückliche Verabredung, berechnen konnte und mußte, daß sein Mitcontrahent, im Namen und Auftrag eines Dritten, nicht für sich selbst handle, und iener seinen Machtgeber, nicht aber sich selbst zu verpflichten beabsichtige. — Die dritte Instanz bestätigte dies, und die Voraussetzungen, unter denen die Klage eines Dritten gegen den Vollmachtgeber aus Geschäften, die Ersterer mit dem Gevollmächtigten des Letzteren gemacht hat, statthaft erscheint; und setzte ihrer Seits uoch hinzu: Sind auch die auf dem strengen Formelwesen des alten Römischen Rechts beruhenden Grundsätze durch spätere, von Analogieen der institorischen Klage entlehnte Bestimmungen aufgehoben worden — l. 10. §. 5. D. mand. vel contra. (19. 1.), l. 9. pr. D. de institor. act. (14. 3.), l. 13. §. 25. D. de act. amt. vend. (19. 1.), so steht doch auch nach heutigem Rechte der Satz fest,

Digitized by Google

daß der Mandans nur dann aus Verträgen, die sein Mandatar geschlossen hat, von dritten Personen belangt werden kann, wenn der Mandatar dabei nicht in seinem eigenen, sondern im Namen des Machtgebers gehandelt hat.

Thibaut, System des Pandectenrechts. §. 877.

Curtius, Handbuch ꝛc. §. 1576.

123.

Das Geständniß.

Erk. vom 27. Juni 1847, in S. Bistram ./. Graf zu Lippe.

Der Unterschied des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses ist von wenig Werthe. Die Strafe des Ungehorsams bei Seite gesetzt, darf der Richter, der Regel nach, zwar nur dasienige als zugestanden annehmen, was die Parthei gegen die es gelten soll, durch ausdrückliche oder bestimmte Erklärung anerkannt hat. Allein ist einmal ein Geständniß wirklich vorhanden, d. h. hat der dispositionsfähige Erklärende frei und ungezwungen, auch in der Absicht, gestehen zu wollen, den Thatumstand ausdrücklich als wahr angegeben, und ist das Dasein dieser Erklärung nicht zweifelhaft, so kommt darauf, ob es schriftlich oder mündlich, vor Gericht oder außergerichtlich ertheilt ist, nichts an; es wird dadurch in dem einen, wie in dem andern Falle eine Sache rechtlich in Gewißheit gesetzt, hat volle Beweiskraft und macht förmliche Wahrheit, in der weitesten Bedeutung des Ausdrucks, gegen den aus, von dem es herrührt. Nur der Unterschied ist gegründet, daß, während bei außergerichtlichen Geständnissen in Beurtheilung des animus confitendi große Behutsamkeit nöthig ist, bei gerichtlichen Handlungen — ohne daß darauf, ob sie vor dem competenten, oder vor einem andern Gerichte geschehen, etwas ankommt —,

Gönner, Handbuch des gem. Prozesses. 2. Bd. N. 53. §. 10. S. 378.

Digitized by Google

dieſer animus als Regel aufzuſtellen iſt, weil Alles, was bei Gericht geſchiehet, mit Ernſt und Vorbedacht unternommen werden muß.

124.

Das Recht des Mandatars, auf Annahme ſeiner Rechnung zu dringen.

Erk. vom 8. Mai 1847, in S. Kimmer ℳ. Schmolke.

Die Beklagte beſtreitet den Satz nicht, daß der Mandatar (und auch der negotiorum gestor) verbunden ſei, über die Beſorgung des Geſchäfts nach deſſen Beendigung dem Mandans, (oder dominus negotii) Rechnung abzulegen. Stellt dieſelbe iedoch hierbei die Meinung auf, es entſtehe durch die Ausführung eines Auftrags blos für den Auftraggeber ein Recht, Rechnungsablegung von dem Mandatar zu verlangen, nicht aber zugleich für den Mandatar ein Recht, von dem Mandans zu fordern, daß dieſer ſich Rechnung ablegen laſſe; ſo liegt das Recht des Mandatars und die Pflicht des Mandans, dem Mandatar die Rechnung abzunehmen, in der Natur des gegenſeitigen obligatoriſchen Verhältniſſes ſelbſt. Hat der Mandans einen Anſpruch gegen den Mandatar auf Rechnungsablegung, ſo iſt iener der Gläubiger und dieſer der Schuldner. Das Obiect des Schuldverhältniſſes aber iſt eine Handlung, und der Zeitpunkt zur Erfüllung, wenn nicht Anderes ausgemacht iſt, wenigſtens bei Beendigung des Geſchäfts eingetreten. Jeder Schuldner, welcher ſeine Verbindlichkeit bei herangekommener Zeit zu erfüllen bereit iſt, hat das Recht, von dem Gläubiger zu verlangen, daß dieſer die Erfüllung annehme, und ihn ſodann mit Quittungen, oder ſonſtiger ausreichender Liberation verſehe. Auch in Bezug auf die Rechnungsablegung über die Geſchäfts-Verwaltung für Andere wird dies in den Geſetzen anerkannt — l. 4. C. de usur. pupill. (5. 56.) Der Gläubiger ſetzt ſich in Verzug, wenn er die ihm vom Schuldner gehörig angebotene Erfüllung zurückweiſet, und die endliche Folge davon iſt, daß die Verbindlichkeit

Digitized by Google

für erfüllt erklärt wird — l. 39. D. de req. iur. (15. 17.). — Dieſe rechtlichen Vorſchriften ſind keineswegs auf den Fall beſchränkt, wo es dem Schuldner ausſchließlich darum zu thun iſt, ſeiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger quitt zu werden. Es iſt kein Grund vorhanden, warum ſie nicht auch da Geltung haben ſollten, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners, in Folge der Beſchaffenheit des Sachverhältniſſes, zugleich dahin führt, einen Gegenanſpruch des Schuldners klagbar zu machen. — Hat der Mandatar, nach dem klaren Inhalt der Geſetze — l. 12. §. 9. l. 56. §. 4. D. mand. (17. 1.), l. 1. l. 20. §. 1. C. cod. (4. 35.) —, ein Recht, von dem Mandans die Erſtattung der auf die Vollziehung des Auftrags verwendeten Auslagen zu verlangen, dies ſelbſt dann, wenn der Zweck des Auftrags nicht zu erreichen — l. 4. C. cod. l. 10. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5.), oder wenn vielleicht, bei eigener Beſorgung des Geſchäfts durch den Mandans, weniger aufzuwenden geweſen wäre — l. 27. §. 9. D. vend. (17. 1.), und muß dagegen der Mandatar dasjenige, was er durch Ausführung des Auftrags für den Mandans erlangt hatte, dieſem herausgeben, oder wenigſtens an ſeinen Vorlägen ſich anrechnen laſſen, iſt aber zu einer Ueberſicht deſſen, was der eine oder andere Contrahent heraus zu erhalten hatte, erſt durch gehörige Rechnungsablegung und das beſtehende Rechnungsverfahren zu gelangen; ſo folgt hieraus von ſelbſt, daß, wie der Mandans zunächſt auf Rechnungsablegung zu klagen hat, eben ſo von dem Mandatar auf Abnahme ſeiner Rechnung zu klagen iſt, dafern der Eine oder der Andere dazu ſich nicht bequemen will. Derſelbe Grund, welcher den den Mandatar zur Rechnungsablegung verpflichtenden Geſetzen — z. B. l. 46. §. 4. D. de Procur. (3. 3.), l. 2, D. de negot. (3. 5.) — unterliegt, tritt, in Bezug auf die Verbindlichkeit des Mandans, ein, ſich über die vom Mandatar abgelegte Rechnung zu erklären.

Digitized by Google

125.

Auf die Zeit und die Worte des geschlechtsvormundschaftlichen Beitritts zu einem Geschäfte kommt nichts an.

Erk. vom 4. Januar 1849, in S. Nitzsche u. Gen. ./. Leupold.

Darüber, daß auf die Zeit, wenn der geschlechtsvormundschaftliche Beitritt zu einem Geschäfte erklärt wird, ob vor, bei, oder nach diesem Geschäfte, so wie auf die Worte, mit denen dieser Austritt kund gegeben wird, nichts ankomme, kann nach dem klaren Inhalte des Mand. vom 10. Novbr. 1828 §. 10. — G. S. S. 246 — kein Zweifel erhoben werden. Obwohl dies Gesetz zunächst nur zum Zweck hatte, über die bestätigte Geschlechtsvormundschaft Normen zu geben; so enthält doch §. 10 eben nur das Anerkenntniß eines allgemeinen, bei dem Verhältnisse der ehelichen eben so, wie bei dem der bestätigten Geschlechtsvormünder anwendbaren Satzes, über welche vorher,

Winkler, de contractibus foeminarum per curatorem ratibabitionem solidis. In Ejd. Opusc. Vol. II. c. pag. 110. sq.

die Rechtslehrer nicht immer gleicher Meinung gewesen waren. Das Oberappellationsgericht hat deshalb wiederholt in diesem Sinne gesprochen (am 5. Septbr. 1843 und 29. Mai 1844 in S. Herbachs und Conf. ./. Webst und Conf., und 21. Juli 1847 in S. Fritz ./. verehel. Engelbrecht).

126.

Die Großmutter als Zeugin in Alimentationssachen.

Erk. vom 9. Januar 1849, in S. Fiedler ./. Zumpe.

In der bezeichneten Dotations- und Alimentationssache war in erster und zweiter Instanz auf die Aussage der Großmutter der Klägerin theils aus materiellen Gründen, theils und vorzüglich wegen ihres verwandtschaftlichen Verhältnisses zu der Beweisführerin, nichts gegeben worden. Die dritte Instanz

Digitized by Google

war anderer Meinung. Sie nahm die Großmutter zwar als verdächtige, nicht aber ganz unzuläßige Zeugin an, weil es sich in dieser Sache von einem Verhältniße handle, das dem in Cap. 3 und 22 qui matrim. accus. poss. erwähnten und von Merken, ad fig. lic. 22, tit. 5. §. 11. in Betracht gezogenen, analog ist.

127.

Verantwortlichkeit eines Droschkenbesitzers für seinen Kutscher, nach Dresdner statutarischen Bestimmungen.

Erk. vom 12. Juni 1847, in S. Besser ./. Mebert.

Der Kläger hat sich dessen bescheiden müssen, daß, soll der Eigenthümer einer Droschke auf Ersatz eines durch die Schuld seines Kutschers entstandenen Schadens belangt werden, darüber kein Zweifel obwalten darf, es habe sich der Kutscher bei der den Schaden veranlassenden Handlung oder Unterlassung in den Grenzen des ihm ertheilten Auftrags gehalten. Die Antwort der Frage, wie weit sich die Grenzen dieses Auftrags erstrecken? ist zunächst aus dem gedruckten Regulative vom 1. Aug. 1844 für die Droschken-Anstalt (zu Dresden) und aus der derselben beigefügten Instruction für die Droschken-Kutscher zu entnehmen.

Der Inhalt dieser Druckschriften zeigt, daß die Bestimmung der Droschken in der Gewährung eines leichtern und schnellern Communications-Mittels für Personen besteht. Schon dies widerlegt die Annahme, daß in der Regel ieder Droschkenkutscher von seinem Dienstherrn beauftragt sei, außer den die Droschke benutzenden Personen, auch noch Effecten, unter seiner, des Kutschers, besonderer Verwahrung und Beaufsichtigung zum Transport zu übernehmen, und daß auf einen speciell dahin gerichteten Auftrag daher in der Klage (welche in zweiter Instanz in der angebrachten Maße abgewiesen, dies auch in dritter

Digitized by Google

Instanz bestätigt worden) ausdrücklich Bezug zu nehmen gewesen wäre.

Sollte hingegen noch ein Zweifel erregt werden können, so würde dieser ohne Weiteres durch den gleichlautenden Inhalt des §. 33 des Regulativ und des §, 21 der Instruction beseitigt werden, indem darin nur „den Fahrgästen" gestattet wird, unentgeldlich einiges Handgepäck (z. B. Reisetaschen, leichte Mantelsäcke, Hutfutterale, Schachteln, Paquete ꝛc.) mitzunehmen, wenn dasselbe nicht von der Art ist, daß es den Wagen beschädigen könne." Die Hinweglassung der Koffer aus der Exemplification giebt darüber, daß es dem Fahrgaste nicht einmal gestattet sein solle, einen Koffer mitzunehmen, und daß es demnach noch viel weniger in Grenzen des dem Kutscher ertheilten Auftrags liege, die Koffer der Fahrggäste, unter seiner Beaufsichtigung, zu transportiren, um so gewissern Nachweis, als Reisende gewöhnlich, mindenstens sehr oft, Koffer bei sich führen, und daher, wenn mit dem Ausdrucke „Handgepäck" auch Koffer gemeint sein sollten, in der Exemplification ganz gewiß der Koffer mit Erwähnung geschehen sein würde. Auch an sich begreift der Ausdruck „Handgepäck" Koffer nicht in sich, und keineswegs ist er synonym mit den allgemeinen Bezeichnungen „Gepäck", „Reisegepäck", „ Effecten", was angenommen werden müßte, wollte man die Koffer zu dem Handgepäck rechnen. Nicht abzusehen wäre es, warum man die obige Wortfassung gewählt und nicht ohne Weiteres gesagt hätte: „den Fahrgästen ist es gestattet, ihr Gepäck — Reisegepäck — mitzunehmen." Solchenfalls würde die Exemplification nicht nur als unnöthig, sondern sogar als störend und Mißverständnisse erregend, ganz zu vermeiden gewesen sein.

Nicht minder deutlich und bestimmt weisen die Worte: „den Fahrgästen ist es gestattet ꝛc. mitzunehmen" darauf hin, daß es nicht zu dem dem Kutscher ertheilten Auftrag gehört, die Sachen der Fahrgäste mitzunehmen, sondern daß er dieselben nur, wenn sie selbst „Handgepäck" mitnehmen wollen, daran nicht hindern könne. Eben dies gilt von dem beschränkenden Zusatze: „wenn dasselbe nicht von der Art ist, daß es den Wagen beschädigen könnte; und gerade dieser Zusatz lehrt, daß hierbei

Digitized by Google

von einer Mitnahme im innern Raume des Wagens, nicht außerhalb deſſelben, die Rede iſt. Auch hier wäre es, wollte man annehmen, es ſolle §. 33 des Regulativs und §. 21 der Inſtruction einen Auftrag oder eine Anweiſung an die Kutſcher enthalten, für den Transport des Reiſegepäcks der Fahrgäſte zu ſorgen, nicht wohl zu begreifen, wie die Verfaſſer des Regulativs und der Inſtruction eine ſo offenbar etwas ganz anders beſagende Wortfaſſung hätten gebrauchen ſollen, und warum denn nicht gleich die Beſtimmung dahin, daß die Kutſcher die Effecten der Fahrgäſte unentgeltlich mitnehmen müßten oder dürften, gerichtet worden wäre. Dies tritt um ſo mehr hervor, wenn damit der §. 3 der Inſtruction, worin dem Kutſcher aufgegeben wird, bei der Aufnahme von Kindern oder andern unbehilflichen Perſonen hilfreiche Hand zu leiſten, und §. 20 des Regulativs (§. 14 der Inſtruction) vergleicht, wonach der Kutſcher, auf Verlangen, einen Fahrgaſt neben ſich auf dem Kutſcherſitze aufſitzen laſſen muß; woraus deutlich erhellet, daß dieſer Sitz lediglich für Perſonen, nicht für Koffer benutzt werden darf.

128.

Die querela oder exceptio non numeratae pecuniae hat gegen eine Bürgſchaftsverſicherung nicht ſtatt.

Erk. vom 3. Juni 1847, in S. v. Wolfersdorf ./. Gerſon.

Die querela oder exceptio non numeratae pecuniae hat nicht ſtatt gegen eine Bürgſchaftsverſicherung — l. 6. C. de non num. pec. (9. 30.) Nach der Klage redete der v. W. den Wiederbeklagten um ein Darlehn von 1000 Thlr. an. Letzterer war, dieſes vorzuſtrecken, unter der Bedingung bereit, wenn des Erſteren Gattin eine Schuldverſchreibung in der Art ausſtellen würde, als ob ſie dieſes Geld erborgt und empfangen hätte. Dieſelbe, von dieſem Anverlangen unterrichtet, war, ihm zu entſprechen, erbötig, und ſtellte die dem Executivprozeſſe zu Grunde liegende Schuldverſchreibung aus. Ihre Meinung ging

Digitized by Google

sonach nur dahin, sich für ihren Mann zu verbürgen, keineswegs dagegen beabsichtigte sie, gegen Ausstellung dieses Documents, die darin verschriebene Summe in ihre Hände zu bekommen.

129.

Die Adhaesio appellationis accessoria.

Erk. vom 30. Septbr. 1847, in S. Fischer ./. Schmidt.

Nach der Meinung des Oberappellationsgerichts erscheint die sogenannte adhaesio appellationis accessoria, welche auch nach Ablauf des Decendiums eingewendet worden, auch dann noch zulässig, wenn sie eine andere Tendenz befolgt, als die, welche bei Einwendung des gegentheiligen Remediums vorwaltete. Sie ist insofern sogar, wie ein selbstständiges Rechtsmittel zu behandeln, als sie, wenn der Gegner der Appellation entsaget, allein stehend die Eigenschaft eines remedii suspensivi oder devolutivi behält, indem man hierunter von der Vorschrift der E. P. O. tit. 35. §. 3, welche allerdings hier nur von der Leuterung handelt, analoge Anwendung auf die Appellationen zu machen hat.

130.

Gültigkeit der von Patrimonialgerichten, auf Grund von Acten für ihre Gerichtsprincipale ausgestellten Zeugnisse.

Erk. vom 17. Aug. 1847, in S. Schmid ./. die Gewerkschaft des Berggebäudes „Vereinigt Feld" der Zwitterstock zu Altenberg.

Der Kläger hat in der Ueberschrift der Klage den v. L., so wie den Bankier M. als Inspectoren der Zwitterstocks-Gewerkschaft aufgeführt; und nachdem sie für diese im Rechtstermine erscheinen, weder in diesem, noch auch, nachdem sie sich auf die Klage eingelassen gehabt, ihre Berechtigung angefochten. Mit Grund ging man daher in der zweiten Instanz davon aus, daß Kläger die nur gedachten Inspectoren als Vertreter der

Digitized by Google

Zwitterstocks-Gewerkschaft bereits anerkannt habe, auf Berichtigung ihrer Legitimationen aber nichts desto weniger um deswillen zu sprechen sei, weil sie, auch ohne eine besonders darauf gerichtete Erinnerung, von richterlichen Amtswegen geprüft, und in Ordnung gesetzt werden müsse. Dem genügten die Beklagten. Die dagegen von dem Kläger gemachten Erinnerungen widerlegte das Oberappellationsgericht durch Folgendes. Ein Justitiar steht, hinsichtlich seiner Amtsthätigkeit, gesetzlich nicht im Verhältnisse der Abhängigkeit von seinem Gerichtsherrn. Dem gemäß erklärt das Gesetz vom 3. Nov. 1840, die Erledigung einiger zweifelhaften Rechtsfragen Abth. unter III., daß, insoweit überhaupt den Patrimonialgerichten freistehe, solche gerichtliche Handlungen vorzunehmen, bei welchen der Gerichtsherr betheiligt sei, den darüber aufgenommenen Urkunden diejenige Glaubwürdigkeit und Beweisfähigkeit, welche überhaupt gerichtlichen Urkunden zukomme, nicht abzusprechen sei. Das zu der Legitimation der Beklagten beigebrachte Zeugniß wurde von dem Altenberger Zwitterstock gewerbschaftlichen Gerichten, auf Grund der ihnen deshalb vorgelegenen Acten und Urkunden, ausgestellt. Hiernach läßt sich nicht bezweifeln, daß die Akten von ihnen gehalten worden, und die Urkunden in ihren Gewahrsam befindlich gewesen sind. Auf solche Unterlagen ein Attestat auszustellen, waren sie vollkommen befugt. — Außerdem liegt ein Recommunicat des Oberbergamts vor, welches nach der in Sachsen bestehenden Bergwerksverfassung —

Freiesleben, der Staat und der Bergbau, §. 41. flg.

Köhler, Anleitung zu den Rechten und der Verfassung bei dem Bergbau im Königr. Sachsen. S. 195.

officielle Kenntniß darüber hat, wer die Vorsteher der Gruben sind.

Digitized by Google

131.

Entschädigungs-Ansprüche aus dem Betriebe des Bergbaues.

Dasselbe Erkenntniß.

Im Sächsischen Bergrechte ist zwar nirgends ganz allgemein der Satz aufgestellt, daß der Besitzer der Oberfläche für iede Beschränkung in Benutzung derselben durch den Bergbau von dem, der diesen treibt, Entschädigung zu fordern habe. Doch bedurfte es dessen auch gar nicht, da es schon in der Natur der Sache liegt, weshalb man denn vielfach auf Anordnungen stößt, welche offenbar nur Ausflüsse ienes obersten Princips sind.

Unbedingt nöthig zur Förderung der Bergschätze ist Raum auf der Oberfläche zum Haldensturze, zu Wegen und Steigen und zu Errichtung von Kauen. Der Besitzer desienigen Grundstücks, auf welchem der Fund einer Grube stattgefunden, muß ebendeshalb den zum Haldensturze, zu Wegen und Steigen erforderlichen Boden hergeben, erhält aber, sofern nicht, wie namentlich auch im Altenberger Zwitterstockwerke ein Geldabtrag als Vergütung hergebracht ist, als gesetzliche Entschädigung den Erbkux — Bergordnung vom J. 1589. Art. 72 — C. A. T. II. S. 210, Altenbergsche Bergordnung. Art. 6 — C. A. T. II. S. 1512 —,

Hartwig, Bergbuch „Kux".

Köhler, Anleitung ꝛc. S. 366.

Freiesleben, der Staat und der Bergbau. S. 94.

Wird die Oberfläche noch zu anderen, für den Betrieb des Bergbaues erforderlichen Vorrichtungen nöthig; so muß dafür Entschädigung gewährt werden.

Hardwig, a. a. O.

Köhler, a. a. O. S. 366 flg.

Freiesleben, a. a. O.

Schon Herzog Georg befahl in der Verordnung von Reminiscere 1531. — C. A. T. II. S. 111 — alsdann, wenn ein Schacht auf einem Grundstücke abgetäuft werde, dessen Besitzer den Erbkux nicht genieße „seinen Schaden am Anbau ziemlicher Maaßen zu ersetzen."

Digitized by Google

Stöllner ferner ſind ſchuldig, wegen Abſenkung der Schächte und Lichtlöcher, desgleichen, wegen Stürzung von Halden, den Grundbeſitzer zu entſchädigen. — Bergordnung von 1559. Art. 72 — C. A. T. II. S. 213, Stollenordnung vom 12. Juni 1749. Art. 1. §. 3. C. C. A. I. T. I. S. 1396 —

Köhler, a. a. O. S. 369.

Ganz allgemein endlich ſtellet das Mand. vom 16. Sept. 1822, die Gewinnung der Stein-, Braun- und Erdkohlen und des Torfs betr. als Princip auf, daß ieder Schade, welcher dem Grundbeſitzer durch den Bergbau zugefügt werde, zu vergüten ſei. Die Richtigkeit deſſelben hat auch in der Gerichtspraxis nicht bezweifelt werden können.

Hartwig, a. a. O. „Abtrag".

Kerſten, Grundſätze der Deutſchen Bergrechtslehre. §. 338.

Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Bd. S. 247.

Unter Schaden iſt ieder, nach einem Vermögenswerthe zu ſchätzender, Nachtheil zu verſtehen. Er kann ſeinen Entſtehungsgrund haben in einem Zufalle, oder im Verhalten eines Menſchen, in einem Handeln deſſelben, oder in einem Unterlaſſen. Für die Folgen ſeines Verhaltens aber hat Jemand dann zu haften, wenn er etwas that oder verabſäumte, was er, nach der Rechtsvorſchrift, nicht thun oder nicht verabſäumen ſollte; wogegen, wenn er ſich innerhalb der Grenzen des ihm Erlaubten hielt, und gleichwohl für den Andern irgend ein Vermögensverluſt erwuchs, dieſer ihn, als einen Zufall verſchweigen muß.

Die Intereſſen des Bergbauenden und der Grundoberfläche können oft in einander fließen. Ein Geſetz, welches den Erſtern ein Recht einräumt, zum Behufe der Förderung von Bergprodukten, ganz nach Willkühr über die Oberfläche zu verfügen, exiſtirt nicht. Der Natur der Sache nach, konnte daher nur angenommen werden, daß der Beſitzer der Oberfläche die zu einem angebrachten Betriebe des Bergbaues erforderlichen Vorrichtungen, als einer ihm durch das Geſetz auferlegte Servitut zu leiden habe.

Köhler, a. a. O. S. 366.

Von dieſem Geſichtspunkte iſt auch bei der neuen Geſetz-

Digitized by Google

gebung ausgegangen worden — Mand. vom 10. Septbr. 1822. §. 4. u. 30, Decret an den Geheimen Rath vom 3. Aug. 1825, die Interpretation des §. 30 des gedachten Mandats betr.

Demnach ist der Besitzer der Grundoberfläche einerseits zwar verpflichtet, alle zur ordnungsmäßigen Betreibung des Bergbaues dienlichen Vorrichtungen zu dulden, andererseits aber auch berechtigt, Ersatz für diejenigen Nachtheile zu fordern, welche ihm aus einem ordnungswidrigen Baue erwachsen.

Im gegenwärtigen Falle wird nun eine Vergütung nicht für gewisse, auf der Oberfläche vorgenommene, den Eigenthümer derselben in deren Benutzung benachtheiligende Vorrichtungen, sondern für einen Schaden beansprucht, welcher dem Kläger, seinem Anführen zu Folge, durch das unter seinem Grundstücke und in deren Nachbarschaft geschehenen Abbau entstanden sein soll. Er beruft sich hierbei nicht auf eine unmittelbar gesetzliche Verbindlichkeit der Beklagten, sondern stützt sich darauf, daß sie ihm durch rechtswidriges Verhalten einen Vermögensverlust zugezogen hätten. Sollte nun seine Klage als schlüßig erscheinen, so hatte er in ihr solche Thatsachen aufzustellen, aus welchen sich ergab, daß die ietzige Gewerkschaft, oder Jemand, den zu vertreten er verbunden, rechtswidrig gehandelt, und dadurch ihm den behaupteten Schaden verursacht habe. Der Kläger aber führt im Wesentlichen nur Folgendes an.

Es sei der Bergbau in Altenberg um das J. 1458 aufgekommen und, nach damaliger Verfassung, von einer großen Anzahl Muther betrieben worden, welche sich in ein bauwürdiges Feld nahe an einander gelegt hätten. In die ersten Anfänge des Altenberger Bergbaues falle das Entstehen derienigen Zechen zurück, welche die nächsten Umgebungen seiner Grundbesitzungen umfaßten. Als nothwendige Folgen der damals gebräuchlichen Abbauungsmethode wären in den Jahren 1545, 1578 und 1820 Brüche im Stockwerke entstanden; die dadurch gebildete große Pinge habe sich später, theils wegen atmosphärischer Einwirkungen, theils wegen des Princips, den Bruch zu vermauern, immer mehr gesenkt. — Bald nach ienen Brüchen hätte sich eine Anzahl von dem in Zwitterstock-Grubenwerke bauenden Lehnschaften in eine Gesellschaft vereiniget, welche mit dem Namen

Digitized by Google

der „großen" bezeichnet worden. Im J. 1670 ferner sei eine gänzliche Verbindung dieser und der übrigen, im Stockwerke bauenden Gewerkschaften in eine einzige, die gegenwärtige Gewerkschaft im Altenberge-Zwitterstock, zu Stande gebracht worden. Auf diese sei das vormalige, vielen einzelnen Lehnschaften verliehene Grubenfeld sammt und sonders übergegangen. Ungeachtet der sorgfältigsten Administration und der vollständigsten Charten, welche in den Jahren 1664 und 1668 aufgenommen worden, wären doch die nachfolgenden Ereignisse nicht abzuwenden gewesen. Es wären nemlich bereits seit Jahrhunderten, als Rückwirkung des fortgesetzten Bruchbaues, so wie als unabwendbare Folge der vorausgegangenen Ereignisse, in den nähern Umgebungen des Pingenrandes Bodensenkungen entstanden, welche auf die in demselben befindlichen Häuser den nachtheiligsten Einfluß geübt hätten. Auch er, Kläger, habe in seinem Gebäude solche Risse wahrgenommen, welche offenbar durch unterirdische Bewegungen entstanden wären. Wenn nun seine Häuser durch die Gebirgsabtrennungen bei dem Zwitterstockwerk dermaßen in ihrer Existenz bedroht würden, daß dieselben mit Sicherheit nicht ferner bewohnt werden könnten; so stehe auch fest, daß die Gewerkschaft verbunden sei, ihn dafür zu entschädigen.

Diesem Schlusse fehlt es unverkennbar am Mittelsatze, indem daraus, daß die Erdbewegungen angeblich ihren Entstehungsgrund in dem zu Altenberg betriebenen Bergbau ihren Grund haben, noch nicht so ohne Weiteres folgt, daß die beklagte Gewerkschaft für die Folgen einzustehen habe.

Ganz richtig wurde in dem Erkenntnisse der zweiten Instanz angenommen, daß die Ordnungsmäßigkeit des Bergbaues, wenn sie in Frage gestellt werde, nach dem Stande der Wissenschaft und Kunstfertigkeit zu der Zeit, wo er Statt gefunden, beurtheilt werden muß. Kläger konnte seinen Anspruch nicht aus einer unmittelbaren Gesetzvorschrift ableiten, wie er denn dies auch gar nicht that, sondern suchte ihn auf die Behauptung einer ihm widerfahrenen Schadenzufügung zu gründen. Zur Substruction seines Klagvorbringers gehörte daher nothwendig das factisch motivirte Anführen, daß der Bau auf eine Weise geführt worden, wie es nicht erlaubt gewesen. Insbesondere aber war

Digitized by Google

auch der Zeitpunkt anzugeben, wenn dies geschehen sein soll, indem, wie oben bemerkt, die Anforderungen, welche an die Gewerkschaft, in Bezug auf die Ordnungsmäßigkeit des Baues, gemacht werden konnten, nach den verschiedenen Zeiten verschieden waren. —

Vom J. 1450 an fand die Ueberlassung des unterirdischen Bergwerkseigenthums, nach damaliger Bergwerksverfassung, nur lehnweise statt, dergestalt, daß einem Muther auf Stockwerken zwar nach geviertem Felde, jedoch nicht mehr, als eine Fundgrube zu 28 Lachtern und ein Maaß zu 14 Lachtern Länge und Breite verliehen wurde, was unvermeidlich zur Folge hatte, daß sich eine sehr große Anzahl von Muthern in ein bauwürdiges Grubenfeld nahe an einander gelegt. Die Technik jener frühern Zeit verstand sich nur auf Gewinnung der Massen, mittelst Feuersetzens, oder mittelst Schlägels und Eisens. Theils deshalb, theils weil der Mangel an Charten alle Aufsichtsführung den Beamten, zur Verhütung von Grenzüberschreitungen und Abbauungen der nöthigen Bergfesten vereitelte, ja unmöglich machte, entstand der erste Bruch im J. 1545, welchem dann der zweite und dritte in den Jahren 1578 und 1820 nachfolgten. Diese waren also die nothwendige Folge der Art und Weise, wie nach damaliger Verfassung und nach damaliger Technik der Bergbau betrieben wurde und betrieben werden durfte.

Anmerkung. Weitere Gründe für die formelle Abweisung gebe ich nicht, da sie nicht hierher gehören. Diesen Rechtsfall aber auf den bloßen Rechtssatz zu beschränken, konnte ich nicht, da jener ein zu öffentliches Interesse hat.

132.

Der Anfang des formellen Concurses.

Erk. vom 4. Mai 1848, im Schmuckschen Creditwesen.

Der Anfang des formellen Concurses ist, nach der richtigern, zeither auch von dem Oberappellationsgerichte bei seinen Entscheidungen befolgten Meinung, insofern nicht eine Insolvenz-

Digitized by Google

Anzeige des Schuldners selbst vorliegt, von Existenz peremtorischer Maßregeln, Seiten des Richters, wodurch dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen entzogen, dagegen Letzteres, zum Besten der Gläubiger, in Beschlag genommen wird, zu rechnen; und der Umstand, daß der Gläubiger die Flucht ergriffen hat, macht hierbei keinen Unterschied.

Kori, System des Concursprozesses. 2. Ausg. §. 43.
Beyer, Theorie des Concursprozesses. §. 24. S. 76 flg.
Reinhard, Ordnung der Gläubiger im Concurse. §. 33 flg.

133.

Die Regel „negans non excipit, iure iurando delato" ist bei prozeßhindernden Einreden nicht anwendbar.

Erk. vom 19. Juli 1848. in S. Schultze ./. Schultzin.

Der obige Rechtssatz folgt aus der Natur der Sache, weil prozeßhindernde Einreden das Eingehen auf die Kriegsbefestigung ganz unnöthig machen, mithin der Inhalt des Letzteren keinen Einfluß auf dieselbe zu äußern vermag, weil es in der E. P. O. Tit. 11. §. 1 durch die Worte: „hingegen aber, wenn sie liquid und erheblich, der in eventum beschehenen Litiscatastation ungeachtet, darauf erkannt werden soll", ausdrücklich anerkannt worden ist. Es kommt daher Alles darauf an, ob die in Frage befangene Einrede des Vergleichs als exceptio litis ingressum impediens vorgeschützt worden sei, und formell als solche behandelt werden könne. Nach Vorschrift der A. P. O. Tit. 11. §. 6. 7 sind auch exceptiones peremtoriae als litis ingressum impedientes zu betrachten, wenn sie „ohne fernere Ausführung in continentibus producirten Urkunden, oder des Gegentheils eigenem Bekenntniß dargebracht werden können", als wobei der Einrede des Vergleichs mit den Worten: „oder in Güte vertragen" noch besonders Erwähnung geschehen ist.

Digitized by Google

134.

Verlöbnißstreitigkeiten.

Erk. vom 8. Decbr. 1848, in S. von Brandenstein ℳ. Bißthum von Eckstädt.

Wegen solcher Verlöbnißstreitigkeiten, in welchen von dem geistlichen Richter auf Vollziehung eines gültigen Eheversprechens durch priesterliche Trauung rechtskräftig erkannt worden ist, der widersprechende Theil aber weder in Güte, noch durch Geld oder Gefängnißstrafen zu bewegen war, dem Urthel Folge zu leisten, wurden die Consistorien durch Rescript vom 27. Octbr. 1808 — C. A. L. III. 1. Abth. S. 177. — angewiesen, bei der solchenfalls bewandten Umständen nach nothwendig erscheinenden Trennung des Verlöbnisses, den schuldigen Theil zwar mit einer verhältnißmäßigen Strafe zu belegen, auch insofern noch außerdem eine unbescholtene Weibsperson, unter dem Versprechen der Ehe geschwängert worden sein sollte, der Geschwächten noch besonders das Recht, den Namen des Schwängerers, gleich seiner geschiedenen Ehefrau, zu führen, im Urthel zu erkennen, iedoch im Uebrigen die Entschädigung des unschuldigen Theils, wegen Nicht-Vollziehung des Eheversprechens, denselben blos vorzuhalten, und ihn mit dem desfallsigen Gesuche an die weltliche Obrigkeit zu verweisen.

v. Webers Kirchenrecht. Th. 1. Abth. 2. S. 617.

Nach dem Gesetze unter C. vom 28. Juni 1835. §. 52. 53, in Verbindung mit §. 66 flg. und der Ausführungsverordnung vom 28. März 1835, §. 33 kann eine Verlobte ein Recht auf Namen und Stand des Verlobten nicht weiter geltend machen. Nachdem in §. 52, dem Eheverlöbnisse iede Begründung einer rechtlichen Verbindlichkeit zur Vollziehung der Ehe abgesprochen, und nur in §. 53 dem betreffenden Theile eine Klage auf Ersatz des wirklichen Schadens (nicht des entzogenen Gewinnes) oder der etwa auf den Fall des Rücktritts bedungenen Leistung bei dem weltlichen Richter vorbehalten worden ist, iener Fall des obigen Rescripts, welches ohnehin in §. 66 für aufgehoben zu achten, gar nicht weiter eintreten kann, wie die über iene gesetzlichen Bestimmungen auf dem Landtage 183⅘

Digitized by Google

gepflogenen Verhandlungen an die Hand geben, aus denen hervorgeht, daß nicht mehr eine Verpflichtung der obigen Art bestehen, sondern blos nach dem wirklich erlittenen Schaden und die civilrechtliche Verbindlichkeit eines Nebenvertrags, hinsichtlich der öffentlichen Sponsalien, solle eintreten dürfen — Landtags-Acten. Abth. 2. Bd. 1. S. 767 flg. Bd. 4. S. 218 flg. 2. Samml. zur 2. Abth. der Beil. S. 154, zur 3. Abth. S. 107, und Abth. 3. Bd. 3. S. 155, Bd. 4. S. 589. flg.

135.

Ist das Pro- und Reproductionserkenntniß nothwendig? und muß in ihnen der Zeugen und Sachverständigen gedacht werden?

Erk. vom 8. April 1847, in S. Heyde ℳ. Stadtrath zu Dresden.

Die Prozeßordnung und die Erläuterung derselben kennen das Pro- und Reproductionsurthel nicht als eine Nothwendigkeit des Prozesses; vielmehr kommt es nach ihnen zu dem Einen oder dem Andern blos in dem Falle, wenn sich bei Antretung und Fortstellung des Beweises und Gegenbeweises Streitfragen ergeben haben, welche zur Entscheidung gebracht werden sollen. Diese betrifft daher in der Hauptsache nur die, bei Gelegenheit des Pro- oder Reproductions-Verfahrens, auf die Bahn gebrachten Streitpunkte.

Biener, syst. proc. §. 162. ed Krug.

Nach der Spruchpraxis, welche auf dem vorangegebenen Grunde beruhet, wird der Zeugen nur dann im Urtheil gedacht, wenn über deren Zulässigkeit gestritten worden. Sind sie aber trotzdem, daß dies geschehen, schon abgehört worden; so übergeht man sie mit Stillschweigen.

Hommels Deutscher Florius „Productio" Ausg. Klein. S.

Dasselbe gilt auch von Sachverständigen, da bei ihnen die nämlichen Rücksichten Platz greifen.

Digitized by Google

136.

Von wenn an laufen im Concurse von kündbaren und durch die Liquidation gekündigten Capitalien die Verzugszinsen?

Erk. vom 28. Septbr. 1847, Creditwesen der Medinger Brauerei-Gesellschaft.

Wer aus einem Concurse, wegen einer ihm von dem Gemeinschuldner zustehenden Forderung seine Befriedigung erwartet, hat sich in dem Liquidationstermine anzugeben. Die Anmeldung in demselben enthält hinsichtlich derienigen Capitalien, welche nur nach vorgängiger Aufkündigung gefordert werden können, diese Aufkündigung. Ist nun gleich der Liquidant verbunden, die Zahlung zu ieder Zeit, wo diese möglich ist, aus dem Concurse anzunehmen; so folgt daraus doch nicht auf der andern Seite, daß Letzterer sich, wegen der auf Kündigung stehenden Capitalien, schon vom Liquidationstermine an, wenn sie in demselben angemeldet wurden, in Verzug befinde. Durch eine solche Annahme würden Gläubiger, welche auf Kündigung gestellte Capitalien zu beanspruchen haben, offenbar zum Schaden ihrer Mitgläubiger bevorzugt, indem sie bei dem Concurse früher Verzugszinsen bekämen, als sie ohne den Eintritt desselben zu erwarten gehabt haben würden. Eine solche Gradification würde mit den Grundsätzen über Befriedigung der Gläubiger im Concurse nicht wohl vereinbar sein. Dagegen aber ist allerdings davon auszugehen, daß der Concurs, indem er dem Gläubiger die Nothwendigkeit, ihre Anforderungen im Liquidationstermine anzumelden und zu kündigen, von dem ihm vielleicht zustehenden Rechte absiehet, zu verlangen, daß die Kündigung nur zu gewissen Terminen erfolge. Wenn daher z. B. die halbjährige Kündigung an die Termine Ostern und Michaelis gebunden, der Liquidationstermin aber auf den 1. Juli anberaumt war, sind die Zinsen des Verzugs nicht erst von Ostern, sondern schon vom 1. Januar an zu rechnen. Nach diesen Grundsätzen hat das vormalige Appellationsgericht wiederholt anerkannt.

Schwarze und Heyne, Untersuchung praktisch wichtiger Materien. S. 285.

Digitized by Google

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. 1842. S. 100. Das Oberappellationsgericht hat es für angemessen gefunden, sie ebenfalls zu befolgen.

137.

Die Klage als Kündigung und die Einrede der, der Zeit nach, zu frühen Klage.

Erk. vom 10. Jan. 1849, in S. Weberin ℳ. Tittmann.

Zwar ist der Schuldner nicht verbunden, dann, wenn die Zurückzahlung auf Kündigung gestellt, und dabei ein gewisser Zeitraum bestimmt worden ist, welcher nach geschehener Kündigung dem Schuldner noch gestattet werden soll, früher zu bezahlen, als die Kündigung bewirkt worden und dieser Zeitraum abgelaufen ist. Doch folgt hieraus noch keineswegs, daß der Gläubiger mit Anstellung der Klage bis nach Ablauf dieser Frist Anstand nehmen, oder daß eine Klage, worin nicht auf vorgängige Kündigungsfrist Bezug genommen wird, in der angebrachten Maaße abgewiesen werden müsse.

Der Einwendung, daß zu zeitig geklagt sei, ist eine dilatorische Einrede, welche der Richter, wenn sie nicht vorgeschützt, Amtshalber nicht zu berücksichtigen braucht; denn die E. P. O. Tit. 11. §. 1 schreibt ausdrücklich vor, daß die exceptiones dilatoriae et litis ingressum impedientes ohne Unterschied in erster Instanz opponirt werden sollen. Schützt der Beklagte diese Einrede nicht vor, oder, was dem gleich ist, setzt er sich durch sein Nichterscheinen außer Stand zu excipiren, so erklärt er dadurch sein Einverständniß damit, daß die Forderung gefällig sei. Die Bedingung der Kündigung ist eingetreten, sobald geklagt wird und die Klage insinuirt ist. Besteht nemlich das Wesen der Kündigung blos darin, daß der Gläubiger dem Schuldner, oder dieser ienem seinen Willen, das Darlehn zurückbezahlt zu erhalten, oder es zurückzuzahlen, zu erkennen giebt, und ist in den Gesetzen eine besondere Form nicht vorgeschrieben; so vertritt die Insinuation der Klage die Stelle der Kündigung;

Digitized by Google

da der Gläubiger seinen Willen, das Capital zurück zu erhalten, gewiß nicht begreifender dem Schuldner zu erkennen geben kann, als durch die Klaganstellung. Nun reicht zwar der Eintritt dieser Bedingung zur Begründung eines Anspruchs auf sofortige Rückzahlung noch nicht aus, indem eben durch die Kündigung erst ein später eintretender, doch in der Regel gewisser Verfalltag bestimmt wird. Indessen führt dies ebenfalls nicht zur Abweisung der Klage; sondern nur dahin, daß der Richter, dafern der Kläger nicht selbst demgemäß sein Gesuch eingerichtet, sondern, hinsichtlich der Zeit, zu viel gebeten hat, und der Beklagte dawider Einwendung erhebt, das Gesuch der Zeit nach beschränkt und somit der E. P. O. Tit. 11 §. 1, wonach dann, wenn die dilatorische Einrede erheblich und liquid, der eventuell geschehenen Litiscontestation ungeachtet, darauf erkannt werden soll, in angemessener Weise nachkommt. Dasselbe gilt auch, wenn der Gläubiger den Executivprozeß gewählt hat. Denn eine Executivklage vertritt eben so, wie die Klage im ordentlichen Prozesse, die Stelle der Kündigung oder Mahnung. Nur hat eine solche Zurückforderung, hinsichtlich der Zeit, zur Folge, daß der Kläger, wenn der Beklagte erscheint und durch sein Bekenntniß der Schuld, mit Zusage der Zahlung zur Verfallzeit, die Fortstellung des Prozesses entbehrlich macht, auch sodann zur rechten Zeit zahlt, die Kosten zu erstatten hat, oder daß solche außerdem wenigstens compensirt werden, obwohl auch dies nicht einmal in dem Falle begründet erscheint, wenn der Gläubiger gleich bei der Ueberreichung der Klage gebeten hat, den Termin erst auf einem, nach Ablauf der Kündigungs- und Ladungsfristen, fallenden Tag anzuberaumen, der Beklagte aber bis dahin nicht bezahlt, sich daher durch seinen Verzug zur Erstattung der Kosten verbindlich gemacht hat. Die Ansicht, daß eine zu früh erhobene Klage dann nicht zurückzuweisen, sondern der Beklagte zu verurtheilen sei, wird theils in den Schriften des gemeinen Rechts: Thibaut, System des Pand. Rechts. §. 1135. 6. Ausg. Linde, Lehrbuch des Civilproz. §. 196. N. 4. auf Grund der l. 16 pr. D. de hered. petit. (§. 3.) als die heutige bezeichnet, theils ist sie in Sachsen durch einen constanten Gerichtsbrauch selbst für den Executivprozeß anerkannt worden.

Digitized by Google

Biener, Syst. proc. §. 53. Nota 3.
Kori, Executivprozeß. §. 14. S. 31. 2. Aufl.
Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt. N. F. 1. Bd. S. 359. Präiud. 23.

— Urthel des Oberappellationsgerichts vom 8. Septbr. 1836, in S. Sperlings ./. Lucke, und vom 13. Febr. 1844, in S. Zwahr u. Conf. ./. Auguſtin —, und entſpricht unverkennbar den Worten und dem Sinne der in der E. P. O. Tit. 5. §. 1, 2 und 8 enthaltenen Vorſchriften.

138.

Iſt, nach unterbliebener Litisdenunciation, der Regreß noch ſtatthaft?

Erk. vom 25. Juli 1847, in S. Mißbach ./. Mißbachin.

Das Oberappellationsgericht hatte früher die Frage: Ob und wieferne, unterlaſſener Litisdenunciation ungeachtet, die Regreßnahme gegen den Auctor ſtatt finde? beiahend beantwortet. In vorgedachter Sache ging es von dieſer Anſicht ab, indem es nachwies, der Zuſammenhang, in welchem die Litisdenunciation zur Regreßnahme ſtehe, ſei ein durchaus weſentlicher. Es ging daſſelbe von der Bemerkung aus: Ueberhaupt und im Allgemeinen ſei jede Regreßnahme gegen den, eintretenden Falls zu Leiſtung der Eviction gehaltenen, Auctor bedingt von der rechtlichen Gewißheit, in keiner Weiſe habe der Regredient ſelbſt die erlittene Eviction verſchuldet. Es iſt dieſe Bedingung in l. 55. D. de evict. (21. 2.) nicht ſowohl vorgeſchrieben, als anerkannt; denn mit ſelbſtſtändiger, von poſitiven Vorſchriften unabhängiger Nothwendigkeit ergiebt ſie ſich aus den Verhältniſſen des Auctors zu dem ſogenannten Nachmanne, dem der Auctor die Eviction präſtiren muß, dafern das Geſchäft, das ſie gegenſeitig geſchloſſen, dem Nachmanne keine rechtliche Garantie für das Object eben dieſes Geſchäfts verſchafft hat, was iedoch keineswegs — erläuternde Beiſpiele enthalten l. 5. 51. pr. D. eod. — ſo ohne Weiteres einzig und allein durch die erlittene Eviction in Gewißheit tritt, ſondern nur dann,

Digitized by Google

wenn der Verlauf des Evictionsprozesses beweiset, in geordnetem Rechtswege sei dem Nachmanne die Eviction unabwendbar gewesen. Die Annahme einer solchen Unabwendbarkeit ist bedingt von der Gewißheit: die Eviction abzuwenden, habe der Nachmann allen Fleiß gebraucht, den zu brauchen, er, bei besonnener Erwägung der Verhältnisse, sich in seinem und des Auctors Interesse, mußte aufgefordert fühlen.

Keineswegs reicht es also zur Regreßnahme aus, daß weder ein Thun, noch Unterlassen des Nachmannes sich mit Bestimmtheit als Ursache der Eviction bezeichnen läßt, sondern es geht demienigen, der Eviction erlitten, die Regreßnahme schon dann verloren, wenn er, ohne besondere, ihn deshalb rechtfertigende Motiven, Maßregeln solcher Art ergriffen oder unterlassen hat, von denen sich nachträglich noch gar nicht bestimmen läßt, ob, bei entgegengesetztem Verfahren, der Prozeß nicht sollte gewonnen worden sein. So z. B. — l. 56. §. 4. D. eod. — wenn der Nachmann mit dem Evincenten auf Entschädigung durch einen Arbiter compromittirt, und dieser gegen ihn entscheidet; so verliert iener den Regreßanspruch, wenn gleich noch gar nicht ausgemacht ist, ob bei dem ordentlichen Richter ein anderer Ausgang des Prozesses würde zu erzielen gewesen sein; genug daß nunmehr nicht vorliegt, auf dem Rechtswege sei die Eviction dem Nachmanne unabwendbar gewesen. Ganz das Nämliche ist nun aber auch dann der Fall, wenn der Nachmann unterlassen hat, dem Auctor rechtzeitig litem zu denunciren. Denn wie einer Seits überhaupt keine Regreßnahme in den Fällen stattfindet, wo — l. 11. pr. D. eod. — die Eviction herbeigeführt wird, in Folge von Vorgängen, die später eingetreten sind, als das Geschäft, in Folge dessen der Auctor verbunden ist, dem Reproducenten Gewähr, hinsichtlich des evincirten Obiects, zu leisten; so liegt es anderer Seits auf der Hand, daß der Nachmann von allen das nämliche Obiect betreffenden früheren Verhältnissen, und also auch solchen, welche eine Aussicht bieten können, die Eviction abzuwenden, keine oder doch nur die unvollständigere und minder sichere Kunde haben wird, als der Auctor. Begreifen muß also der Nachmann, sobald er von Eviction bedroht wird, daß er die Summe der denkbaren, verschiedenen Möglichkeiten,

Digitized by Google

die Eviction abzuwehren, mindern oder gar zu Null machen würde, unterließe er rechtzeitig Hilfe bei dem zu suchen, der, wenn Hilfe möglich ist, nothwendig sie besser zu leisten wird im Stande sein, als der Nachmann selbst es vermöchte, als welcher darüber, was hier möglich oder unmöglich sei, sich jedes Urtheils zu enthalten hat, und auf eine, vom Vorwurfe der culpa nicht freizusprechenden Weise verfährt, wenn er die Litisdenunciation unterläßt, in der Meinung, gegen den Evincenten versire er in manifesta iniusta causa. Denn ganz treffend sagt in seinem Commentar zu den Pandecten

Voët, lib. XXI. tit. 2. §. 22. pag. 929.

„Quid quod nec in causa, quam D. D. appellant notarie iniustam, denunciationis necessitas remissa censeri debet. Etenim an iniusta causa sit, non auctoris, cui plerumque ignotae sunt defensiones, quique praetera emtorem in auxilium advocat, sed iudicis aestimatio est."

Es erscheint demnach der im Römischen Rechte angedrohte Verlust der Regreßnahme, im Falle unterlassener Litisdenunciation, nur als eine besondere Form, in welcher der durchaus rationelle Grundsatz: „Leistung der Eviction ist bedingt von der Gewißheit, der Regredient habe allen Fleißes die Eviction zu verhindern gesucht", in Anwendung tritt.

Daß die Römische Praxis, indem sie rechtzeitig erfolgte Litisdenunciation zur Bedingung der Regreßnahme machte, hierzu das Motiv in keinem andern, als in diesem Grundsatze fand, dies zeigt sich auch an den Ausnahmefällen, in welchen, der unterbliebenen Litisdenunciation ungeachtet, dennoch die Regreßnahme unbenommen bleibt. Es treffen nemlich jene Ausnahmefälle, insoweit sie unbestritten in den Quellen nachweisbar sind,

Glück, Erläut. der Pand. Th. 20. Abth. 2. S. 397 flg.

in dem gemeinschaftlichen Kennzeichen zusammen, daß es dem Regredienten schlechterdings als keine Verabsäumung von Fleiß in seinem und des Auctors Interesse kann zur Last gelegt werden, litem nicht denuncirt zu haben. Denn diese Voraussetzung ist realisirt, sobald — l. 63 eod. — „denunciandi necessitas pacto remissa erat", oder — l. 55. §. 1, l. 56. §. 6 eod. — durch Umstände, welche Seiten des Auctors obwalteten, gleichviel

Digitized by Google

ob von diesem verschuldet oder unverschuldet, die Litisdenunciation unausführbar ward.

Die Römische necessitas litem denunciandi, welche bereits in Obigem als eine principielle in der unabänderlichen Natur der betreffenden Verhältnisse gegebene Nothwendigkeit charakterisirt ist, erscheint als eine solche auch noch in andern Beziehungen.

Ein Streit, welcher darum, weil er de iure tertii geführt wird, keine Sicherheit für ein objectiv zulässiges Resultat gewährt, wird, wo nicht allemal, doch in den meisten Fällen verhangen werden, sobald nach der Eviction, in Folge darüber zwischen Auctor und Nachmann geführten Prozesses, soll entschieden werden, ob der Evincent Recht oder Unrecht gehabt habe; und ist einmal evincirt, ohne daß der Auctor bei dem Evictionsprozesse concurrirt hat; so muß es auch, unter allen Umständen, unabänderlich bei der Eviction bewenden; denn dem Nachmanne steht die res iudicata entgegen, und dem Auctor sind die Hände gebunden aus Gründen, die bereits

Carpzov, Jurispr. For. P. I. const. III. def. 24. 1. 2. in folgenden treffenden Worten ausgesprochen hat:

„Necessaria est litis denunciatio vel propterea saltem, quo venditor remedium habeat, se defendendi. Omissa enim litis denunciatione, neque evicta, qua quaeso actione auctor rei seu venditor evincentem convenire posset? Non iure proprio, quia cum evincente non contraxit, non etiam rei vindicatione, quia dominium semel transtulit in auctorem, neque ius emtoris, qui, re semel evicta, actionem non habet, quam auctori suo cedere posset.“ —

Nach dem Allen ist die Römische necessitas, litem denunciandi das Ergebniß tadelloser iuristischer Einsicht.

Wie verhielte es sich nun aber um eben diese necessitas, wenn man, wie es das Oberappellationsgericht —

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. 1. Jahrg. S. 245. — in schon gedachtem Falle gethan hat, derjenigen Auslegung der §. 2. Tit. 12 der E. P. O. beistimmt, die in einem, jene Gesetzstelle betreffenden Programm — §. 7, pag. 1059 — der Leipziger Juristenfacultät vom J. 1841 gegeben ist?

Digitized by Google

Nach der Meinung seines Verfassers würde, Falls der Regredient B. von dem Auctor A. gekauft hätte, und dem E. die Sache von einem Dritten C. evincirt würde, das Verhältniß sich particularrechtlich also gestalten: Hat C. dem A. litem denuncirt, und A. dem B. keine, oder doch erfolglose Assistenz geleistet, so muß A. Eviction leisten; — hingegen wenn C. dem A. litem nicht denuncirt hat, dennoch aber gegen A. regredirt, so bildet, der unterlassenen Litisdenunciation ungeachtet, die erlittene Eviction einen an und für sich selbst ausreichenden Klagpunct. Es darf aber A. auf behufige Weise excipiren, z. B. vor dem Evictionsprozesse habe er mit C. transigiret, und dieser allen Ansprüche auf die Sache sich begeben. Wenn A. diese Exception beweiset, aber auch nur dann, wird er von der erhobenen Regreßklage entbunden.

Die Wirkung einer solchen organisirten, particularrechtlichen Litisdenunciation würde die sein, daß der Auctor, welcher die Eviction nicht von dem Regredienten abgewendet hätte, Eviction leisten müße, es möchte ihm nun lis denuncirt sein, oder nicht, mit dem einzigen Unterschiede, daß die, unter beiderlei Voraussetzungen, begründete Verbindlichkeit könne in dem letzten Falle durch eine Exception elidiret werden.

Daß hiermit die Römische necessitas litem denunciandi vernichtet wäre, und mit dieser dasienige, worin die wesentliche Eigenthümlichkeit der Litisdenunciation und also eines gemeinrechtlichen Instituts bestehet, dessen Werth zur Zeit noch von Niemand bezweifelt worden ist, das ist entschieden gewiß; denn dann wäre die Regel des gemeinen Rechts: „Schädlichkeit unterbliebener Litisdenunciation" im Particularrechte zur Ausnahme, und die Ausnahme des gemeinen Rechts: „Unschädlichkeit der verabsäumten Litisdenunciation" zur Regel im Particularrechte geworden.

Kann aber wohl so etwas der Gesetzgeber haben sagen wollen bei Abfassung des §. 2. Tit. 14 der E. P. O., einer §., die mit dem gemeinschaftlichen Ausspruche anhebt, wenn Beklagter die rechtzeitige Litisdenunciation unterläßt, „so kann er dann in progressu litis sie nicht weiter gebrauchen, und es fällt zugleich der Regreß wieder den auctorem hinweg?"

Die verneinende Antwort auf diese Frage, und daß der Gesetzgeber etwas ganz Anderes hat sagen wollen, und auch wirklich gesagt hat, ergiebt sich mit Evidenz aus den Worten des Gesetzes selbst. — Man erwäge. An die Eingangsworte der §. 1, welche den gemeinrechtlichen Satz enthalten: nicht rechtzeitig litem denuncirt zu haben, mache des Regresses gegen den Auctor verlustig, und welche diesen Satz so aussprechen, daß die Absicht, er solle als Regel ausgesprochen worden sein, nicht den mindesten Zweifel unterliegen kann, schließen unmittelbar die Worte: „es wäre denn, daß derselbe (der Auctor) keine genugsame exceptiones oder adminicula zu suppeditiren gehabt hätte, solchenfalls die Justiz von Seiten des evincentis offenbar, als welchenfalls Beklagten ꝛc. an denen, von welchem er causam hat, sich zu erholen freistehet", bei welchen Worten wohl zu beachten ist, daß wer, wie in §. 2 der Gesetzgeber, eine, in gewissen Fällen zu beobachtende Regel aufstellt, und dann hinzufügt, unter welchen besondern Umständen es nicht nach der Regel, sondern in einer bestimmten andern Weise soll verfahren werden, eine Ausnahme von iener Regel feststellt.

Es sind also die nur angezogenen Worte durch dieienige Verbindung, in welcher sie mit dem vorhergehenden Regreß stehen, als eine Ausnahme von eben dieser Regel bezeichnet, sind als eine solche noch außerdem bezeichnet durch die einleitenden Worte: „es wäre denn, daß ꝛc.", als welche, bekanntem Sprachgebrauche nach, eine exceptionelle Behauptung oder Vorschrift, als solche, anzukündigen, dienen.

Also eben so, wie im Römischen Rechte ist auch in der angezogenen §. 2 die Unstatthaftigkeit der Regreßnahme nach unterbliebener Litisdenunciation als Ausnahme einer entgegenstehenden Regel bezeichnet.

Diese Ausnahme soll eintreten, „falls die Justiz von Seiten des Evincentis offenbar", und diese iustitia manifeste a parte evincentis soll angenommen werden: „wenn der auctor keine genugsamen exceptiones oder adminicula zu suppeditiren gehabt hätte."

Allerdings ist schwer abzusehen, wie ohne Litisdenunciation, ohne ein Verfahren, zu Folge dessen der Auctor entweder

Digitized by Google

vergeblich zu helfen gesucht hat, oder weil er keine Assistenz geleistet, das Römische Recht die Sachlage so ansieht, als hätte der Auctor alle möglichen exceptiones oder adminicula vergeblich consumirt, es ohne freiwilliges Eingeständniß des Auctor offenbar, d. h. rechtlich gewiß werden könnte, er habe dergleichen nicht gehabt. Indeß daß das Gesetz die Möglichkeit statuirt, das liegt klar zu Tage.

Indeß aber kann diese Möglichkeit zur Wirklichkeit nur auf zweifache Weise werden; erstens, indem sofort bei Anstellung der Regreßnahme die iustitia causa a parte evincentis in aktenkundiger Liquidität beruhet, außerdem zweitens würde die Beantwortung der Frage, ob solche iustitia causae vorhanden gewesen sei, oder nicht? vom Ausgange des Regreßklagprozesses selbst abhängig zu machen sein; und hier nur fragt es sich: hat der Regredient zu beweisen, der Auctor habe keine Exceptionen oder adminicula zu suppeditiren gehabt, oder hat der Auctor dies zu beweisen?

Zweifelsohne wollte der Gesetzgeber die Beweiskraft dem Regredienten zugetheilt wissen. Dies für ausgemacht anzunehmen, ist man genöthiget, weil außerdem der Gesetzgeber in einen der auffallendsten Widersprüche mit sich selbst gerathen wäre.

Denn das Unternehmen, einen und denselben Regreßanspruch durch jenen Regreß für vernichtet zu erklären, gleichzeitig aber auch ihn als einen solchen zu behandeln, der zu elidiren wäre und eines Exceptionsbeweises bedürfe, würde thatsächlich dasselbe Object gleichzeitig als ens und auch als nonens prädiciren. Darf man aber nun ein solches Unternehmen am Allerwenigsten dem Gesetzgeber zutrauen; so ergiebt sich, es ist der Sinn jener §. der E. P. O. der: unterbliebener Litisdenunciation ungeachtet, darf gegen den Auctor regredirt werden, sobald liquider oder erweislicher Maaßen der Auctor keine genugsame exceptiones oder adminicula gegen den Evincenten zu suppeditiren vermocht hätte.

Zu dem nämlichen Resultate gelangt man aber auch, wenn man erwägt, daß die angezogene §. erst eine Regel und dann eine Ausnahme feststellt, und daß derjenige, welcher die Ausnahme einer Regel für sich geltend zu machen sucht, sich auch

Digitized by Google

nothwendig in die Lage versetzt, die factischen Voraussetzungen darthun zu müssen, die ihm einen berechtigten Anspruch auf die Ausnahme geben könnten. Denn würde die Entscheidung von einem Beweise des Gegners abhängig gemacht, worinnen dieser die Nichtexistenz der die Ausnahme zu motiviren tauglichen Prämissen darzuthun hätte; so würde hiermit ohne Weiteres die praesumtio iuris für den Eintritt jener Prämissen statuirt. Niemand aber wird läugnen, daß es ein sehr inconsequentes Verfahren sein würde, gesetzlich eine Regel, und, für den Fall des Hinzutritts gewisser besonderer Umstände, eine Ausnahme von eben dieser Regel festzustellen, zugleich aber auch für alle Fälle, wo nach den Gesetzesworten, diese an und für sich selbst angenommen, die Regel zur Anwendung kommen müsse, die praesumtionem iuris dafür zu etabliren, es wären die zur Motivirung der Ausnahme erforderlichen besondern Umstände eingetreten.

Die Inconsequenz eines solchen Verfahrens leuchtet ein, denn es würde solchenfalls die Regel nicht beschränkt durch Ausnahme, sondern als Regel vernichtet, indem ihr nur exceptionelle Anwendbarkeit verbliebe. Ist nun nicht vorauszusetzen, es habe der Gesetzgeber eine Inconsequenz beabsichtiget, und weniger noch, daß das Maaß seines Scharfsinnes nicht ausgereicht habe, einer so offen am Tage liegenden Inconsequenz sich bewußt zu werden; so stellt sich hiermit anderweit die oben angegebene Interpretation der in Frage stehenden Gesetzstelle als richtig dar.

Einverstanden hat sich auch mit demselben, wenigstens in dem Resultate, die Praxis des vormaligen Appellationsgerichts gezeigt.

Eine von allem Vorhergehenden unabhängige Bestätigung erhält jene Interpretation noch überdem durch die der Abfassung der E. P. O. zeitverwandte iuristische Literatur, von der man hier nur den Voetius l. c. und Carpzov l. c. hervorzuheben braucht, da in Beiden mehrfache Citate aus anderen damals genanntester Rechtslehrer Schriften sich finden.

Einverstanden war man darüber, die unbestreitbare Gewißheit des Rechtes auf Seiten des Evincenten macht die verabsäumte Litisdenunciation unschädlich, welche Ueberzeugung durch l. 11. §. 12 D. de act. emt. et vend. (19. 1.) angeregt

worden war. Ob und wieweit, was dieſe Stelle beweiſen ſollte, ſich durch dieſelbe beweiſen laſſe, dieſe lang und viel beſprochene Streitfrage, hat, vom Standpunkte der Praxis ausgenommen, alle Wichtigkeit verloren, nachdem die E. P. O. iene Bedingung unſchädlicher Verabſäumung der Litisdenunciation geſetzlich erkannt und überdem hiermit ſich nicht im Mindeſten von der Grundanſicht entfernt hat, auf welcher die necessitas litem denunciandi beruhet. Denn ieder Fall, wo wirklich die iustitia causae ab evincente parte evident vorläge, oder zur Evidenz ſollte gebracht werden, wäre eben zugleich auch ein ſolcher, von dem ſich nicht behaupten ließe, es ſei, in Folge unterbliebener Litisdenunciation, der Stand der Dinge ein ſolcher, daß keine Beantwortung der Frage, ob der Evincent Recht oder Unrecht gehabt habe, nachträglich könne ermittelt werden.

Daß nun aber, was in vorliegender Beziehung das Wichtigſte iſt, die ältern Juriſten der Meinung waren, wenn über iene iustitia causae a parte evincentis ſich noch entſcheiden laſſe, der Regredient ſie noch zu beweiſen habe, nicht der Auctor die iniustitiam eiusdem causae, das ſpricht Carpzov l. c. def. 24. N. 6 in Worten aus, deren Beſtimmtheit keinen Widerſpruch geſtatten. „Competit etiam emtori regressus adversus suum venditorem, ommissa licet denunciatione litis; si in se velit suscipere onus probandi iustitiam evincentis, nullumque ius habuisse venditorem, quo posset illam rem defendere.“

Daß den Regredienten die Laſt des Beweiſes treffen ſoll, das motiviren iene älteren Juriſten durch die gründliche Betrachtung, daß wenn der über iustitia oder iniustitia a parte evincentis, alſo eines tertii, zwiſchen Reproducenten und Auctor geführte Streit obiective Gewißheit herſtellen ſollte, ein beſonders modificirtes, zu Erreichung ienes Zweckes taugliches Beweisthema erforderlich ſei; und ſo verlangten ſie, der Regredient ſolle den nemlichen Angriff, den der Evincent auf ihn gemacht hatte, gegen den Auctor ſo machen, als hätte dieſer das in Frage ſtehende Object noch nicht veräußert; dann ſollte der Erfolg, je nachdem nun dieſem Begriffe der Auctor Vertheidigungsmittel entgegen zu ſtellen vermögen würde oder nicht, entſcheiden, ob von Seiten des Evincenten iustitia oder iniustitia

Digitized by Google

causae statt gefunden habe. Man vergleiche Carpzov l. c. N. 7. „Nec enim opponi potest exceptio haad factae litis denunciationis emtori, si non proprio, sed evincentis nomine agat, et medium tunc habet venditor sufficiens, iura sua adversus actorem deferdere.“ Und Voetius l. c. sagt: „Si is, qui non facta auctore denunciatione evictionem passus est, evincentis ipsius partes suscipiens, ius eius certum asserere possit, atque ita docere defectum iuris ex parte auctoris regressus et adversus auctorum haad videtur denegandus.“ —

Nach dem Allen würde die ältere iuristische Literatur, selbst wenn zu der gegebenen Auslegung der betreffenden §. der C. P. O. nicht in der Stelle selbst die ausreichenden Motiven liegen, keinen Zweifel darüber lassen, daß, und zwar aus wohlerwogenen Gründen, in Fällen der fraglichen Art die Beweislast habe den Regredienten treffen sollen.

139.

Factische Sanirung eines nicht ganz regelmäßigen Executionsverfahrens.

Erk. vom 27. Jan. 1848, in S. Richter ./. Hankmanns Creditwesen und Hertel.

Das Prozeßgericht hätte, wenn es die Einwendungen gegen das Verfahren nicht für gegründet hielt — Executionsgesetz vom 28. Febr. 1838. §. 93 — einen Verhörstermin anberaumen sollen — §. 94. — Allein daraus, daß dies nicht geschehen, sondern Termin zur Acteninrotulation und Bescheidspublication anberaumt, auch in letzterem mit Eröffnung eines Bescheids verfahren worden ist, kann der Kläger schon um deswillen einen Antrag auf Cassation des Verfahrens nicht ableiten, weil er nach erhaltener Zufertigung bis zum Inrotulationstermine keinen Widerspruch dagegen erhoben, sich vielmehr durch Einreichung einer Vorstellung factisch damit einverstanden gezeigt hat. Durch die Anerkennung eines Verhörstermins würde aber das, worauf

Digitized by Google

es vornemlich ankommt, die Erledigung der formellen Ausstellungen gegen die Wahl der Prozeßart nicht zu erlangen gewesen sein.

140.

Executivprozeß wegen Auszugsrückstände.

Erk. vom 11. April 1839, in S. Träger u. Conf. ℳ. Glöckner.

Allerdings muß in der Regel das Klagobiect durch Urkunden liquid gemacht werden, wenn dem Executivprozesse stattgegeben werden soll; es würde iedoch in Auszugsstreitigkeiten, wo es gewöhnlich darauf ankommt, dem Auszügler, wegen dessen, was er zu seiner Leibesnahrung bedarf, schnelle Hülfe angedeihen zu lassen, in den meisten Fällen die Möglichkeit, executiv zu klagen, ganz ausgeschlossen werden, wollte man ienen Grundsatz auch soweit extendiren, daß der Richter nicht befugt sei, entweder selbst oder durch Sachverständige den Werth der geklagten Auszugsrückstände, zu deren Leistung die Verbindlichkeit durch eine Urkunde constatirt ist, festzustellen oder feststellen zu lassen.

Demgemäß wurde daher in der bezeichneten Sache der Beklagte in Erstattung des durch dorfgerichtliches Ermessen zu bestimmenden Werths, unter Nachlassung eines darüber, daß der Auszügler zur rechten Zeit, wegen Empfangnahme der ihm gebührenden Naturalien, bei dem Beklagten sich nicht gemeldet habe, zu leistenden Eides — Bekanntmachung, einige Rechtssätze in Beziehung auf den Auszug betreffend vom 27. Octbr. 1839. §. 22 Gesetzbl. S. 282 — verurtheilt.

141.

Eidesantrag über zu allgemeine und fremde Handlungen.

Erk. vom 15. Aug. 1838, in S. v. Egidy ℳ. Krille.

Daß der Eidesantrag über zu allgemeine Angaben nicht statthaft ist, bedarf keines ausführlichen Beweises;

Digitized by Google

Pfotenhauer, Doctr. proc. ed. 1. Bd. I. §. 982.
Linde, Lehrb. des deutschen Proz. 2. Ausg. §. 302.

allein besonders noch muß dieser Grundsatz in Beziehung auf fremde Handlungen um so mehr festgehalten werden, jemehr die Zulassung des Eidesantrags über dergleichen, schon an sich eine Abweichung von den Grundsätzen des gemeinen Rechts ist.

Wenn durch die Sächsischen Gesetze — C. P. O. Tit. 18. §. 5. — auch der Eidesantrag über fremde Handlungen an sich nachgelassen worden; so ist hierdurch doch keineswegs die Verbindlichkeit desienigen, der sich desselben bedienen will, aufgehoben oder auch nur gemindert worden, die in Frage kommenden Thatsachen, weshalb der Gegentheil sein Glauben und Wissen eidlich eröffnen soll, nicht mit einer gefährdevollen Allgemeinheit, sondern so viel möglich mit einer solchen Bestimmtheit und Specialität aufzuführen, daß es demienigen, welcher den Eid leisten soll, möglich wird, den Umfang der Thatsachen zu übersehen und den Grund oder Ungrund des Anführens Erkundigungen einzuziehen.

142.

Die Criterien der Formeln „Angebrachter Maßen" und „Schlechterdings".

Erk. vom 20. März 1838, in S. Weisflog ./. Weisflog.

Eine Klage erscheint dann „in der angebrachten Maße" unstatthaft, wenn, nach den über die Sachlage actenkundig gewordenen Umständen, das factische Verhältniß, auf welches Kläger sein Suchen auf ungenügende Weise gestützt hat, dennoch die Möglichkeit, einen Anspruch wirklich zu begründen, nicht ausschließt; wogegen sich eine Klage als „schlechterdings" unstatthaft darstellt, die eine Forderung betrifft, welche entweder den Gesetzen grade zuwider läuft, und daher in iedem Falle rechtlich unausführbar, oder doch, nach den in den Acten vorhandenen Thatsachen, durch keinen Umstand als factisch möglich unter den Parteien anzusehen ist.

Digitized by Google

143.

Die Beanspruchung des Uebermaßes eines zum Beweise verwiesenen, aber nicht bewiesenen Anspruchs stehet in einer besonderen Klage noch frei.

Erk. vom 30. März 1838, in S. Weisflog ℅. Weisflog.

Ist es auch einerseits begründet, daß, wenn auf Beweis einer illiquiden Einrede der Compensation rechtskräftig interloquirt worden ist, solche durch Unterlassung des Beweises verloren geht, und auch nicht mehr durch besondere Klage geltend gemacht werden kann, indem der Beklagte excipiendo zum Kläger wird; so ist doch andrerseits nicht außer Acht zu lassen, daß, abgesehen davon, daß eine solche Ausflucht bloß dazu dienen soll, die Klage auszuschließen und mithin der Ueberschuß des Anspruchs über das Klagobiect hinaus gar nicht als in lite befangen, betrachtet werden kann, insbesondere in einem Falle der Art, wo die Ausflucht der Gegenforderung, nicht etwa nach vorgängiger Prüfung der Materialien des Beweises verworfen, sondern vielmehr wegen eingetretenen Versäumnisses angenommen wird, daß derienige, welcher solches begangen, sich seines Rechtes begeben habe, und dies nicht weiter ausgedehnt werden kann, als es zur Erledigung des Klagobiects selbst erforderlich war, weshalb denn die Verfolgung des Uebermaßes durch besondere Klage dem frühern Beklagten iedenfalls ungeschmälert bleiben muß.

Die entgegengesetzte Meinung würde auch öfters ganz unangemessen und mit der geklagten Summe in gar keinem Verhältnisse stehende Folgen herbeiführen, und es erscheint daher die gegen diesen Grundsatz bisweilen angeführte l. 3. D. de except. rei iud. (44. 2.), welche nur im Allgemeinen den Grundsatz ausspricht, ohne die Modification auszuschließen, nicht begründet.

Digitized by Google

144.

Motive des in §. 7 der Bekanntmachung vom 2. Oct. 1839 ausgesprochenen Rechtssatzes.

Erk. vom 1. Juni 1837, in S. Schönberg ./. Rittner.

Nach dem bisher in der höchsten Instanz befolgten Gerichtsbrauche

Gottschalk, Discept. for. ed 2. T. I. cap. VI. pag. 311.
T. II. c. 22. not. d. pag. 287.

sind diejenigen Grundsätze, welche, hinsichtlich des dinglichen Rechts des Auszugs, in Beziehung auf die Disposition der E. P. O. Tit. 39. §. 11, in Anwendung kommen, keineswegs blos auf bäuerliche Grundstücke beschränkt, vielmehr auch auf Besitzungen anderer Art, z. B. auf Mühlen, Häuser in Städten und selbst auf Rittergüter angewendet worden, zumal die gesetzliche Disposition nicht blos von einem reservato rustico spricht.

Daß die Auszüge am Gewöhnlichsten bei bäuerlichen Besitzungen vorkommen, kann in der Sache nichts ändern, und wenn auch das Rescript vom 27. Februar 1726 bei einer Gelegenheit ergangen ist, wo eben nur von einem solchen bäuerlichen Auszuge die Frage war; so kann doch daraus eine Beschränkung der mehrerwähnten Dispositionen der E. P. O. lediglich auf solche Auszüge um so weniger abgeleitet werden, ie allgemeiner vielmehr die Anordnung des gedachten Rescripts selbst, und ohne alle Beziehung auf eine besondere Art der Besitzungen, gefaßt ist.

Uebrigens läßt sich von der Aufhebung des Realrechts der Zinsen von wiederkäuflichen Räumen schon deshalb auf die Auszüge kein Schluß machen, weil iene Zinsen eben in der That Zinsen (usurae), nicht aber, wie die Auszugsprästationen, Theile des Capitalstammes des Kaufgeldes sind.

Aber auch auf die Natur des zu leistenden Auszugsgegenstandes, und darauf, ob derselbe in einem Erzeugnisse des Grundstückes bestehet, kann die Qualität einer Leistung als Auszug nicht gesetzt werden. Es kommt z. B. täglich vor, daß der Verkäufer sich bedeutende Quantitäten Brennholz zum Auszuge bedingt, zu dessen Gewährung kein Baum auf dem belasteten

Digitized by Google

Grundstücke vorhanden ist, ohne daß deshalb an der Gültigkeit des bestellten Auszugs, als solchen überhaupt, oder auch alsdann, wenn das Holz der einzige Gegenstand dieses Auszugs wäre, gezweifelt werden könnte. Ebenso würde die Auszugsqualität deshalb nicht bestritten werden können, wenn der Verkäufer sich, statt der einzelnen Naturalleistungen, sogleich eine Bauschsumme in baarem Gelde als Auszug bedingen wollte.

Nirgends ist eine gesetzliche Vorschrift vorhanden, welche dieses untersagt und die rechtliche Natur des Auszugs, sowie der Unterschied zwischen demselben und einer sonstigen Rente beruhet nicht auf dem Gegenstande der Leistung, sondern auf dem Vorbehalte des Auszugs von Seiten des Verkäufers bei dem Verkaufe selbst, es sei von Natural- oder Geldprästationen die Rede.

Gottschalk, l. c. T. I. c. 19. ed. 2.

Dabei ist iedoch hauptsächlich nicht zu übersehen, daß Prästationen ieder Art, welche als Auszug in rechtlichem Sinne zu betrachten sein sollen, nicht bloße Nutzungen des Kaufpreises, als z. B. Interessen von den unbezahlt stehen gebliebenen Kaufgeldern, oder statt solcher Interessen etwa stipulirte Naturalleistungen, sondern wirkliche Theile des Kaufpreises selbst ausmachen müssen; als weshalb der Unterschied auch namentlich hervortritt, wenn von Entrichtung einer Lehnwaare die Rede ist, bei deren Bestimmung der wirkliche Auszug als Theil des Capital-Kaufwerths, nicht aber Zinsen oder Nutzungen von einem rückständigen Theile dieses Kaufwerthes mit in Aufrechnung zu bringen sein würden.

145.

Provisorien in Hutungssachen.

Erk. vom 2. Aug. 1837, in S. v. Schönberg ./. Müller u. Cons.

Die in dem Mandate vom 9. October 1828, die in Hutungssachen anzuwendenden Rechtsgrundsätze und das darin zu beobachtende Verfahren betreffend, §. 51, enthaltenen Vorschriften,

Digitized by Google

nach welchen, auf vorgängige summarische Erörterung an Ort und Stelle, in Folge diesfallsiger Beschwerden des Hutungsberechtigten, unter a. sofort von der Behörde die nöthige Abhilfe gewährt, unter b. dagegen von der Landesregierung (an deren Statt, in Gemäßheit §. 21. tit. 4 des Gesetzes über privilegirte Gerichtsstände vom 28. Februar 1838 — G. S. Seite 79 — in Verbindung mit §. 19. No. 3. c. der Ausführungs-Verordnung vom 28. März 1835. G. S. Seite 223 gegenwärtig von den betreffenden Obrigkeiten selbst Entschließung zu fassen ist) das Erforderliche verfügt und, nach Befinden, entschieden werden soll, bezwecken, wie auch aus §. 2 und 55 hervorgeht, die Herstellung eines interimistischen oder provisorischen Rechtszustandes, welcher blos eine vorübergehende, einen Ersatz zulassende Verpflichtung begründet und durch eine definitive Entscheidung von selbst wieder aufgehoben wird. Zu Fortsetzung eines solchen Provisoriums bedarf es daher nur einer summarischen Bescheinigung gegen der zu einer Leistung oder Duldung Verpflichteten.

Puchta, über Provisorien, in d. Zeitschr. Civilr. u. Proz. von Lind ꝛc. Band 8. Hft. 1. S. 127.

146.

Der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner über die eigenthümliche Erwerbung des verpfändeten Gegenstandes.

Die l. 3. C. de pact. pignor. (8. 35.) verbietet ganz im Allgemeinen die Verabredung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, daß Ersterer, dafern der Schuldner ihm nicht zur rechten Zeit bezahlte, den verpfändeten Gegenstand für die Schuld eigenthümlich behalten (das Pfand verfallen oder verstanden sein) solle, erklärt alle solche Verträge für aufgehoben und ungültig, führt als Grund an, daß unter den gefährdenden Unternehmungen vorzüglich die, eine Bedrückung der Schuldner

Digitized by Google

enthaltende, lex commissoria immer häufiger werde, und verordnet am Schlusse wiederum ganz allgemein, daß die Gläubiger, nachdem sie die Sache herausgegeben, ihr dargeliehenes Geld zurück zu erhalten hätten. Hieran ist durch ein späteres Gesetz nichts geändert worden; vielmehr wird diese Vorschrift als eine bestehende in c. 7 X. de pignor. (3. 21.), im lib. I. Feud. t. 27, in der Reichspolizeiordnung von 1577. XX. §. 5, im Torgauer Ausschreiben von 1583 — C. A. T. I. S. 440 und im Mandate von 28. April 1625 — C. A. T. I. S. 1124 — anerkannt. Daraus, daß das Reichsgesetz die Handlung als jüdischen Wucher betrachtet, und daß die beiden Sächsischen Gesetze von 1583 und 1625 die Handlung nur dann mit den Wucherstrafen bedrohen, wenn eine geringe Summe auf eine Sache von weit höherem Werthe um wucherlichen Zins gegeben worden ist, läßt sich keine Beschränkung jener gemeinrechtlichen Bestimmung folgern. Keinem gegründeten Zweifel kann es unterliegen, daß darauf, ob zu Umgehung des Gesetzes andere Formen und Namen gewählt worden sind, als die, daß das Pfand bei Nichtzahlung der Schuld zur bestimmten Zeit verfallen sein solle, kein Unterschied zu setzen, und eine solche Umgehung des Gesetzes nicht zu billigen, sondern auf das Wesen des Geschäfts zu sehen, und das Geschäft, wenn es, seinem Wesen nach, wirklich eine lex commissoria enthält, als ungültig zu betrachten ist. Hierbei kommt ferner darauf nichts an, ob die lex commissoria bei Abschließung des Schuld- oder Pfandvertrags selbst, oder vor der legalen Bestellung eines Pfandrechts verabredet, oder später hinzugefügt, und ob der Contract gerichtlich oder außergerichtlich geschlossen worden ist. So wie dann, wenn die Verabredung dahin gehet, es solle der Gläubiger, bei zur festgesetzten Zeit nicht erfolgender Zahlung, als Käufer die Sache eigenthümlich erhalten, und das darauf geliehene Geld als Kaufpreis gelten, eine in das Gewand eines Kaufcontracts gekleidete lex commissoria ganz offen vorliegt; so ist auch diejenige Verabredung, vermöge deren dem Gläubiger, bei nicht rechtzeitig erhaltener Befriedigung, die Sache für einen im Voraus bestimmten Kaufpreis eigenthümlich zufallen soll, ingleichen, dafern zu Umgehung des Gesetzes die Form eines

Digitized by Google

Kaufes mit bedungenem Wiederkaufsrechte gewählt worden ist, die Verabredung, es solle nach abgelaufener Frist das Wiederkaufsrecht erlöschen, und der widerrufliche Kauf sich in einen Erbkauf verwandeln, als eine ungültige lex commissoria anzusehen. Dahingegen ist, in Rücksicht auf den Grund und Zweck des Gesetzes, und auf die in der l. 16. §. 9. D. de pignor. (20. 1.) enthaltene Vorschrift, ein Nebenvertrag dahin, daß der Schuldner, bei nicht zu gehöriger Zeit bewirkter Zahlung, verbunden sein solle, dem Gläubiger die Sache für einen angemessenen, durch Schätzung zu ermittelnden oder zu vereinbarenden Preis käuflich zu überlassen, unter das Verbot der l. 3. C. nicht zu subsumiren sei. Zwar sind, hinsichtlich der unter dies Verbot zu stellenden Fälle, die Rechtslehrer nicht überall einstimmig;

Glück, Comment. z. d. Pand. Th. 14. S. 87. Note 15. S. 92 flg. 96 flg.

Thibaut, System d. Pand. 8. Ausg. §. 795. Note d.

Curtius, Handbuch des Civilrechts. 3. Ausg. §. 1071. Note d. und §. 1112. Note d.

allein es sind obige Ansichten in Sachsen durch die Praxis, insonderheit des vormaligen Appellationsgerichts, als die richtige anerkannt worden, wie dies zahlreiche Entscheidungen bestätigen, z. B. von 1788 Grohmann ./. Leonhardt, von 1798, D. Kind ./. Huth u. Conf., von 1803, 1804, Graf von Hagen ./. Handrich, von 1806, Werner ./. Krugs Cur. bon., von 1809, Bär u. Conf. ./. Müller, von 1820, Täubrig ./. Führig u. Conf., v. 6. Mai 1840, Werner ./. Pörner.

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. Jahrg. 1844. S. 296.

Nur in dem Falle, wenn der durch den Nebenvertrag auf käufliche Ueberlassung der Sache an den Gläubiger im Voraus bestimmte Preis ein so billiger (dem Werthe nicht erreichender oder übersteigender) ist, daß die ratio legis wegfällt, und der Gläubiger durch Ueberlassung der Sache mehr nicht, als er wirklich zu fordern hat, erhält, mithin sich mit der Benachtheiligung des Schuldners nicht bereichert, läßt sich in einer solchen Verabredung eine bemäntelte lex commissoria und eine indirekte

Digitized by Google

Contravention gegen das in der l. 3. C. enthaltene Verbot nicht wohl erblicken, vielmehr nach l. 19. §. 9. D. de pignorib. (20. 1.) „hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio", die Gültigkeit und Wirksamkeit eines solchen Vertrages vertheidigen, wie dies auch von dem vormaligen Appellationsgerichte im J. 1831 in S. Eichler ./. Henor,

Zeitschrift für Rechtspflege u. Verw. Bd. 1. 1838. Präiudiz 6. S. 63 flg.

angenommen worden ist. Daß übrigens auch ein solcher Vertrag zu einem Vindications-Anspruche gegen den inmittelst zu des Schuldners Vermögen ausgebrochenen Concurse nicht führen könne, wenn nicht die Uebergabe der Sache vorher erfolgt ist, beruht auf andern bekannten Rechtsvorschriften.

147.

Verzicht auf die exceptio doli.

Erk. vom 23. Januar 1849, in S. Hillme ./. Klahre.

Wenn eine Uebereinkunft, ne dolus praestetur, wie sie in der Verzichtleistung auf die Ausflucht des dolus liegt, Wirkung haben soll, muß vorausgesetzt werden, daß der Verzichtleistende mit dem ihn gespielten Betruge bereits bekannt gewesen, außerdem aber einer solchen Convention, als gegen Treu und Glauben und die guten Sitten laufend, die Gesetze selbst iede rechtliche Wirksamkeit versagen — l. 27. §. 3. D. de pactis. (2. 14.)

Donelli, Comment. de iure civ. Vol. X. lib. XVI. cap. VI, de dolo pag. 7. 8. 9.

Digitized by Google

148.

Verletzung des Pflichttheils durch Schenkungen unter dem Scheine oneroser Rechtsgeschäfte.

Erk. vom 2. März 1847, in S. Hennigin ./. Stelzner.

Die erste Instanz hatte die Rechtsansicht ausgesprochen: der Pflichttheil dürfe auch durch solche Schenkungen, welche in der Form oneroser Rechtsgeschäfte eingekleidet wären, nicht geschmälert werden; es sei vielmehr der Notherbe berechtiget, von demienigen, welcher durch das onerose Rechtsgeschäft zugleich eine den Pflichttheil schmälernde Schenkung erhalten hätte, die Ergänzung des Pflichttheils zu verlangen; die Klage sei nicht als actio quasi Colvisiana, sondern nach Analogie der Querela inofficiosae donationis zu betrachten; es bedürfe deshalb nicht einer direkten Bezugnahme oder Nachweisung des dolus oder animus defraudandi, indem sich dann schon solcher aus der Handlung selbst ergäbe, wenn dadurch der Erblasser von seinem Vermögen so viel verschenkt hätte, daß dem Notherben weder zur Zeit der Schenkung, noch zur Zeit des Todes der Pflichttheil an seinem unmittelbar vor der Schenkung besessenen Vermögen übrig blieb; am Wenigsten sei ein Nachweis darüber nöthig, daß auch den Beklagten ein dolus treffe. —

Dieser Ansicht pflichtete zwar die zweite Instanz bei; sie hielt iedoch das Vorbringen in der Klage um deswillen für ungenügend, weil es, um zu beurtheilen, ob und in wie weit das onerose Geschäft (im fraglichen Falle ein Kauf) eine Schenkung enthalte, der Aufrechnung des Werthes der, außer der im Gelde festgesetzten Kaufsumme, von dem Verkäufer sich stipulirten, und als Theil des Kaufgeldes anzusehenden Auszugsgenüsse bedürfe, und in dieser Beziehung der Inhalt der Klage die nöthigen Unterlagen nicht gewähre, dasienige aber, was die Klägerin, zu Unterstützung ihres Verlangens, weder den Auszug des Erblassers, noch die Stipulation für ihre Stiefgeschwister zu berücksichtigen, angeführt hätte, dazu nicht geeignet erscheine.

Die dritte Instanz bemerkte hierzu. Im Wesentlichen ist gegen diese Rechtsansichten von den Partheien etwas nichts einzuwenden gewesen. Die von der Beklagten berufene 12. Sächs.

Digitized by Google

Constitution im 2. Theile steht ihr mehr entgegen, als zur Seite, denn auch das Sächsische Recht erkennt darin an, daß der Pflichttheil durch Rechtsgeschäfte inter vivos insonderheit durch Schenkungen von Grundstücken nicht geschmälert werden dürfe.

Auch das Oberappellationsgericht hat die von der ersten Instanz angenommenen Principien im Allgemeinen für richtig zu erkennen, und nur, in Betreff der bei dem vorliegenden Falle besonders in das Auge zu fassenden Rücksichten, Folgendes zu bemerken.

1. Wird von dem Notherben eine in ein anderes Geschäft nicht eingekleidete offene Schenkung, weil dadurch der Pflichttheil verletzt werde, angefochten, so ist, es möge der Gegenstand der Schenkung in baarem Gelde oder in einem Grundstücke, oder in einer beweglichen Sache bestehen, blos darauf die Frage zu richten, wie viel das Vermögen des Erblassers, beziehendlich nach gehöriger Werthschätzung, unmittelbar vor der Schenkung betragen, und ob und in wie weit solches in der Zeit von der Schenkung an bis zum Tode des Erblassers etwa eine Vermehrung oder Verminderung erhalten habe; denn hiernach wird der Pflichttheil des Notherben berechnet — Nov. 92 „partem, quanta fuit, priusquam donationem faceret".

Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Schenkung in Form eines onerosen Geschäfts, z. B. eines Kaufcontracts, bewirkt wird. Hier muß vorerst unterschieden werden, ob

α. die Form des Kaufs nur zum Schein gewählt, und ein Kauf wirklich gar nicht beabsichtiget, oder ob

β. ein Kauf an sich verhandelt und nur durch die über den Preis getroffenen Bestimmungen eine Schenkung errichtet wurde.

Im ersten Falle kann der Kauf als ungültig angefochten werden, im letztern hingegen bleibt zwar der Kauf bei Kräften, aber die dadurch bewirkte Schenkung nicht, insoweit nemlich dieselbe auch dann, wenn sie offenkundig erfolgt wäre, ungültig gewesen sein würde — l. 54. D. de oblig. (44. 7.), l. 38. 55. D. de contrab. emt. (18. 1.), l. 5. §. 5. D. de donat. inter viv. et ux. (24. 1.), l. 21. C. de transact. (2. 4.), l. 4. C. plus valere (4. 22.), l. 3. C. de contrab. emt. (4. 38.).

Digitized by Google

(Mit Uebergehung der Bemerkungen unter 2 und 3 heißt es weiter):

4. Das Verlangen der Klägerin, bei Berechnung ihres Pflichttheils von dem Vermögensbestande des Erblassers eine Summa von 6000 Thlrn. als eheweibliches Einbringen nicht in Abzug zu bringen, hat in der zweiten Instanz keine besondere Erörterung erfordert. Die erste Instanz hielt dies Verlangen blos dann für begründet, wenn die Klägerin zu beweisen vermöchte, daß die Beklagte ihrem Ehemanne nicht, oder nicht so viel eingebracht habe. Die Klägerin wendet dagegen ein, daß das Bekenntniß des Ehemannes über das Einbringen der Ehefrau, dem Pflichttheilserben gegenüber, theils nichts beweise, theils hier um so weniger zu beachten sei, als es sich um eine zu Gunsten der Ehefrau unternommene und mit dieser verabredete Verletzung der Klägerin in Pflichttheile handle.

Der Letzteren stehen die Gesetze insofern zur Seite, als darin der Pflichttheil eine natürliche und gesetzliche Schuld des Erblassers genannt wird — l. 8. §. 8. D. de inoff. test. (5. 2.), l. 36. C. eod. (3. 28.), l. 2. C. de inoff. donat. (3. 29.), l. ren. C. de impon. lucr. descript. (10. 35.), Nov. l. in praef. §. 2; Nov. 18 in praef. — Dasselbe geschieht von den Rechtslehrern,

Glück, Erläut. d. Pand. 7. Bd. S. 72. §. 546.

Curtius, Handb. d. Civilr. §. 694.

und eben dahin hat sich das Oberappellationsgericht widerholt ausgesprochen,

Wochenblatt für merkwürd. Rechtsfälle. Jahrg. 1846. S. 387.

und in Erkenntnissen in S. Pöhlandin und Conf. ./. Klein und Conf. vom 3. Januar 1839 u. in S. Sängers in cur. stat. Langermanns ./. verw.. Langermann vom 30. Januar 1838 — Siehe oben N. 95. S. —

Wird nun das Bekenntniß des Ehemannes über das Einbringen der Frau, seinen Gläubigern gegenüber, zu Herstellung eines Beweises nicht für geeignet gehalten,

Carpzov, Jurispr. for. P. I. const. 28. def. 72.

Leyser, Medit. ad Pand. sp. 320. med. 1 sq.

Digitized by Google

Müller ad. Leyser. obs. 572. 573.
Hommel, Rhaps. obs. 925.
Curtius, a. a. O. S. 122.

so läßt sich auch die Anwendung dieser Vorschrift auf den Streit zwischen der Ehefrau und dem Notherben über die Pflichttheils-Verletzung dadurch nicht beseitigen, daß der Notherbe doch immer Erbe ist, und der Erbe die Handlungen seines Erblassers anerkennen muß, da diese Verbindlichkeit den Notherben, wie in der Natur der Sache selbst liegt, dann treffen kann, wenn er eben darüber klagt, daß durch die Handlung des Erblassers, zu Gunsten der Ehefrau, sein Pflichttheil geschmälert werde, mit der Behauptung, daß diesfalls eine Verabredung zwischen dem Beklagten und dem Erblasser vorausgegangen sei. Deshalb hat denn auch das Oberappellationsgericht in der vorgedachten Pöhland-Kleinschen Sache dem Bekenntnisse des Ehemannes gegen den über Verletzung im Pflichttheile klagenden Notherben nicht die Wirkung beigelegt, daß dadurch die Ehefrau von der Last des Beweises librirt würde.

5. Dahin, daß remuneratorische Schenkungen von dem Notherben nicht angefochten werden können, weil da, wo etwas remunerirt wird, die Abtragung einer Schuld, nicht eine wirkliche Schenkung vorliege, geht nicht nur die Ansicht der Rechtslehrer,

Carpzov, l. c. P. II. const. 12. def. 35.
Leyser, l. c. sp. 436. med. 5.
Hommel, l. c. obs. 602. n. 6.
Curtius, a. a. O. §. 1355.

sondern es hat auch das Oberappellationsgericht, z. B. in der oben gedachten Langermannschen Sache, dahin erkannt.

149.

Concurrenz eines Mandatars bei Eingehung von ungültigen und Scheingeschäften.

Erk. vom 17. Mai 1847, in S. des Friedericischen Schuldenwesens ./. Crusen.

Im Allgemeinen zwar stehet fest, daß durch den Mandatar ein Rechtsverhältniß zwischen dem Mandanten und dem Dritten,

Digitized by Google

mit welchem der Mandatar, in Folge des Auftrags verhandelt, anders nicht begründet wird, als wenn der Mandatar sich als solcher gegen den Dritten gerirte, nicht aber, wenn er in seinem eigenen Namen verhandelte, auch der Dritte sonst keinen Anlaß zu der Annahme hatte, daß der Mandatar für seinen Auftraggeber das Geschäft besorge. Dieser Rechtssatz bezieht sich auf die Begründung von Rechten und Verbindlichkeiten mittelst Eingehung von Rechtsgeschäften, nicht iedoch auf die Rescission eines ungültigen Geschäfts, welches der Mandatar für den Mandanten mit einem Dritten abgeschlossen hat, noch weniger aber auf die Frage über die Verbindlichkeit des Mandanten, das durch ein Scheingeschäft, oder durch eine dem Mandatar aufgetragene widerrechtliche Handlung von dem Dritten an sich Gebrachte wieder herauszugeben.

So wenig die Gesetze gestatten, einem an sich nicht gültigen Rechtsgeschäfte durch die zum Schein gewählte Form eines andern Rechtsgeschäfts Wirksamkeit zu verschaffen, so bestimmt sie vielmehr anordnen, es solle nicht auf das, was wirklich gehandelt wird, gesehen werden — l. 38. 55. D. de contrah. emt. (18. 1.), l. 5. §. 5. D. de don. int. viv. et ux. (24. 1.), l. 54. D. de obl. (44. 7.), l. 21. C. de transact. (2. 4.), l. 3. C. de contrah. emt. (4. 38.), l. 1. C. plus valere (4. 22.) eben so gewiß leiden diese Principien auch da Anwendung, wenn zwar nicht eine andere Form des Geschäfts, doch ein anderer Name der Contrahenten zum Schein für ein außerdem unwirksames Geschäft gewählt wird. Es liegt dies schon in dem Sinne der angezogenen Gesetzstellen, so wie in dem in der l. 1. C. (4. 22.) ausgesprochenen allgemeinen Satze „plus valere, quod agitur, quam quod agere simulatur"; es findet sich aber auch eine specielle Gesetzanalogie in l. 6. C. si quis alteri (4. 50.), worin über den Fall, wenn bei dem von einem Ehemanne abgeschlossenen Kaufe nur der Name der Ehefrau als Käuferin zum Schein gebraucht und in die Urkunde gesetzt worden ist, dahin entschieden wird: „res gesta potior, quam scriptura habetur".

Digitized by Google

150.

Ist der negotiorum gestor auch für dasjenige ersatzverbindlich, was er, bei noch größerem Fleiße und noch größerer Sorgfalt, noch würde haben leisten können?

Erk. vom 14. October 1848, in S. Thorandin ./. Mörz.

Da Beklagter der Klägerin persönlicher Schuldner war, so hätte dieselbe, ohne diesem ihrem Rechte an Beklagten etwas zu vergeben, die Liquidation bei dem Z. Concurse unterlassen, und die Befriedigung überhaupt nur von Beklagtem fordern können. Demnach hat sie, indem sie dort liquidirt und durch den Erfolg, welchen die Liquidation gehabt hat, Beklagten, bis mit Ausnahme des libellirten Deficits, Entlassung von der Schuld verschafft hat, sich einer negotiorum gestio im Interesse desselben unterzogen. Nun leuchtet aber ein, daß man dem Satze, Niemand solle einem Andern schädlich, und für das, was er geschadet, vertretungspflichtig sein, unbeschränkt anwenden kann, und demnach ohne einen besonderen Grund, der in eines Andern Interesse sich thätig zu erzeigen, und dessen Interesse wahrzunehmen verpflichtet, Niemanden angemuthet werden darf, einem Andern sich nützlich zu erweisen, und also auch Ersatz zu leisten, wenn dem Andern zwar etwas zum Besten geschehen, iedoch, bei noch mehr Fleiß und Sorgfalt, noch mehr zu dessen Besten hätte geschehen können.

Schon dieser allgemeinen Ansicht nach ergiebt sich, daß, gesetzt selbst, der Klägerin wäre es möglich gewesen, was Beklagter ihr schuldete, vollständiger, als geschehen, durch den bei dem Z... Creditwesen erhobenen hypothekarischen Anspruch zu decken, sie dennoch nicht verbunden wäre, dafür Beklagten zu entschädigen.

Daß nun aber die Gesetze iener allgemeinen Ansicht insonderheit auch bei der negotiorum gestio wollen festgehalten wissen, ergiebt sich aus mehreren Stellen des Römischen Rechts. — In l. 3. §. 9. D. de negot. gest. (3. 5.) wird anerkannt, daß, wer aus reinem gutem Willen (affectione commotus) zu behindern sucht, daß eines Abwesenden Güter verkauft werden, nicht

für Verabſäumung von Fleiß und Sorgfalt haftet. Hiermit ſtimmt überein l. 31. §. 2. D. eod. „litem in iudicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae eius allegans iudici. Culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta, ipse non provocavit.“ Eben ſo iſt in l. 21. §. 3. D. eod. des negotiorum gestor Erſatzverbindlichkeit auf das detrimentum beſchränkt, das deſſen Negligenz dem Abweſenden verurſacht hat; — und ganz allgemein ſpricht l. 20. C. eod. aus, daß derjenige, der ohne dazu verbunden zu ſein, ſondern blos von der propria voluntas angetrieben, thätig im Intereſſe eines Andern wird, ſich satis abundeque befließen, erweiſet, „si vel in paucis“ dem Abweſenden durch ihn genützt wird. — Nur dann — l. 6. §. 12 — wird der negotiorum gestor gehalten, propter ea, quae non gessit, wenn ſeine Einmiſchung die Urſache geweſen iſt, daß ein Anderer, der auch das Unterbliebene würde gethan haben, ſich den Angelegenheiten des Abweſenden nicht unterzog. Das läuft aber der oben ausgeſprochenen Anſicht nicht entgegen, ſondern beſtätiget vielmehr, daß dieſelbe im Römiſchen Rechte mit ſtrenger Conſequenz durchgeführt worden iſt; denn nicht nur nichts genützt, ſondern grade zu geſchadet hat derjenige negotiorum gestor, welcher durch ſeine Einmiſchung die erſprießlichere negotiorum gestio einer anderen Perſon zurückgehalten hat.

154.

Die Verbindlichkeit des Ceſſionars zu Erſtattung von Actienraten, Zinſen und Conventionalſtrafen an den erſten Zeichner von Actien.

Erk. vom 29. Juli 1847, in S. Meyer ℅. Meyer.

Der geltend gemachte Anſpruch beruhet auf dem Anführen, daß Beklagter zur Erſtattung derjenigen Summen nebſt Verzugszinſen, die Kläger als erſter Zeichner an Actien-Rückſtänden und Conventionalſtrafen an die Direction der Rhein-Weſer Eiſenbahn-Actiengeſellſchaft habe bezahlen müſſen, um deswillen

Digitized by Google

verbindlich erscheine, weil das Anrecht auf die von Klägern an einem Dritten cedirten Interimsscheine durch eine weitere Cession dieses Letztern an Beklagten bereits zur Zeit iener Zahlung übergegangen sei.

Bei Beurtheilung dieses Anspruchs ist es nun hauptsächlich erforderlich, ein doppeltes Rechtsverhältniß im Auge zu behalten, welches von ganz verschiedenem Gesichtspunkte aus zu beurtheilen ist, nämlich:

1. das der Gesellschaft gegen den ersten Zeichner, und
2. das des Letztern gegen seinen Cessionar.

Was zu 1 ienes betrifft, so ist es allerdings richtig, daß sich der erste Zeichner, der Gesellschaft gegenüber, so lange nicht eine Zahlung von 40% auf die Actie geleistet, und derselbe hierauf von dem Verwaltungsrathe seiner Verbindlichkeit entlassen worden, nach den Statuten der betreffenden Eisenbahn-Actiengesellschaft, durch Cession des Zusicherungsscheins oder der Actie von seiner Verbindlichkeit aus der Zeichnung nicht zu befreien vermochte, und daher im Verhältnisse zur Gesellschaft nur der erste Zeichner, nicht der Cessionar als Actionär anzusehen war, weshalb denn auch der Bemerkung, daß vor Berichtigung der 40% ein obligatorisches Verhältniß zwischen der Gesellschaft und dem dritten Inhaber eines das Anrecht auf eine Actie gewährenden Papiers nicht statt finde, beigetreten werden muß.

Allein davon ganz abweichend ist

zu 2. das rechtliche Verhältniß des ersten Zeichners zu dem spätern Actien-Inhaber, welcher den durch den Erkauf der Actien übernommenen Verbindlichkeiten nicht nachgekommen ist. In den Gründen der zweiten Instanz ist die Unstatthaftigkeit der angestellten Klage aus der Natur eines auf den Inhaber lautenden Papiers, und aus der Natur der fraglichen Actien-Gesellschaft abgeleitet, in Folge dessen aber die Frage, ob der Cessionar das Anrecht auf Actien schon durch die Cession an und für sich die in Rede stehende Verpflichtung übernommen habe? verneint, und davon ausgegangen worden, daß es, um die fragliche Wirkung herbeizuführen, eines von dem Cessionar bei der Cession besonders hierauf gerichteten Versprechens zu Uebernahme iener Verbindlichkeit bedurft habe, in dieser Hinsicht

Digitized by Google

also die Behauptung in der Klage, daß Kläger 50 Stück von den von ihm gezeichneten Actien „mit allen Rechten und Verbindlichkeiten" an den Dritten, und dieser wieder auf gleiche Weise an den Beklagten abgetreten habe, zumal bei dem gebrauchten Eidesantrage keineswegs für ausreichend zu achten sei. Dieser Ansicht hat man doch in dritter Instanz nicht beizupflichten vermocht.

Hier handelt es sich um das Rechtsverhältniß des spätern Actien-Inhabers zu dem ersten Zeichner, und zwar in der Beziehung, ob der Dritte bei Erwerbung von Actien, oder des Anrechts auf solche, vermöge des darüber mit dem ersten Zeichner abgeschlossenen Vertrags von selbst die Verpflichtung übernommen habe, für die Berichtigung der weiter auszuschreibenden Beiträge einzustehen? Dies ist zu bejahen. Denn daß der Erwerber einer Actie durch Cession seines Vorgängers nicht blos in die Rechte, sondern auch in die Verbindlichkeiten seines Cedenten eintritt, liegt schon um deswillen im Allgemeinen in der Natur eines solchen Geschäfts, weil sich nicht annehmen läßt, daß der Cedent bei der Entäußerung einen solchen Papiers sich blos aller daraus für ihn entspringenden Vortheile habe begeben, und solche auf den Cessionar übergehen lassen, die damit zusammenhängenden Beschwerungen und Verpflichtungen aber fortwährend habe über sich behalten wollen, auch der Cessionar nur an eine Erwerbung ihm daraus entspringender Rechte um so weniger denken konnte, als es theils schon nach dem damaligen Stande des Actienunternehmens überhaupt in der Sache lag, theils es sich auch aus der Quittung bestätiget, daß weitere Anzahlungen, als die zur Zeit der Cession bereits erfolgten, noch zu bewirken sein würden. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß mit der Cession der betreffenden Actie oder des Anrechts darauf die mit dem Besitze des Zusicherungsscheins connexe Verbindlichkeit zur Bezahlung fernerer Actienraten, dem Cedenten gegenüber, auf den Cessionar von selbst übertragen worden sei, mithin auch die Obliegenheit, dem Erstern die Einzahlungen zu restituiren, welche er, in Folge statutengemäßer Aufforderung, bei unterbliebener Berichtigung Seiten seines Cessionars zu bewirken, verurtheilt worden ist, und nur

Digitized by Google

dann eine Ausnahme hiervon statt gefunden haben würde, wenn dieser sich von gedachter Verpflichtung durch einen gegen den Cedenten gemachten und von solchen genehmigten Vorbehalt sicher gestellt hätte.

152.

Das Giro vertritt auch bei gewöhnlichen Schuldverschreibungen die Stelle einer Cession.

Erk. vom 19. Decbr. 1848, in S. Frege u. Gen. ./. Streubel.

Die Beklagte hat die Ansicht bestritten, daß das auf der der Klage zum Grunde gelegten Urkunde befindliche erste Giro zu der Annahme berechtige, daß die in derselben verschriebene Forderung durch Cession auf die Kläger übergegangen, und sich in dieser Hinsicht darauf bezogen, daß, wenn es auch hierzu, nach heutigem Rechte, besonderer Förmlichkeiten nicht bedurft habe, doch die Abtretung eines Schuldanspruchs bestimmt und deutlich erfolgt, und daß dabei den gesetzlichen Erfordernissen, soviel nemlich den Uebertragungsgrund anlange, vollständig entsprochen sein müsse, dies aber in Betreff der vorliegenden Cession darum nicht der Fall sei, weil die Form des bei Wechseln üblichen Indossements zur Uebertragung eines gewöhnlichen Schuldanspruchs nicht als genügend angesehen werden könne, was Beklagter vorzüglich aus den Aeußerungen des Regierungscommissars bei Gelegenheit der Landtagsverhandlungen über die neue Wechselordnung — Landtags-Mittheilungen von 1845 u. 1846. II. Kammer. S. 787 und Landtags-Mittheilungen von 1839 u. 1840. II. Kammer. S. 2137 — darzulegen versucht hat. Nun können aber auch solche, ganz abgesehen von ihrem sonstigen Einflusse, als entscheidend schon um deswillen nicht betrachtet werden, weil es sich bei jenen davon handelte, ob das Giro der Cession bei Wechseln gleich zu stellen sei, während hier die davon verschiedene Frage vorliegt, ob durch das Indossement die von Klägern gemachte Forderung für übertragen und letztere

Digitized by Google

in deſſen Gemäßheit für legitimirt zu achten ſeien. Für dergleichen Ceſſionen iſt eine beſtimmte Form in den Geſetzen nicht vorgeſchrieben, und es ſind auch im Executivprozeßgeſetze richtige Indoſſements als ſelbſtſtändige Documente über den Vertrag zwiſchen Indoſſanten und Indoſſaten zur Beſcheinigung der Sachlegitimation keineswegs ausgeſchloſſen, vielmehr dem Schuldner zur Recognition vorgelegt zu werden, vollkommen geeignet, in deſſen Folge aber, wenn ſie, wie gewöhnlich, in außergerichtlichen Urkunden beſtehen, eben ſo, wie letzterer, der Diffeſſion unterworfen.

Kori, Executivprozeß. §. 12. S. 26 flg.

Durch die Unterzeichnung des Giro erklärt der Girant deutlich, daß er ſein Forderungsrecht aus demſelben an den Inhaber des Giro übertragen haben wolle, und daß dies, wie die gewöhnlichen Worte: „Werth empfangen" deutlich an die Hand geben, gegen Erlegung des Betrags der darin ausgedrückten Summe geſchehen ſei. Daß dieſe Uebertragung in der Form eines Indoſſements zur Begebung geſchehen, kann in Bezug auf den obigen Zweck darum nicht hinderlich erſcheinen, weil die im kaufmänniſchen Verkehre ſo gewöhnlich vorkommenden obigen Ausdrücke einen andern Sinn und eine andere Auslegung, als die angegebene, gar nicht zulaſſen.

Derſelben Anſicht war auch in zweiter Inſtanz das Appellationsgericht zu Dresden, welches, nachdem die erſte Inſtanz die Klage, weil ſie auf ein bloßes Giro, und dies noch dazu ohne Datum, gegründet werden, inmaßen dieſelbe angebracht, abgewieſen hatte, dieſe Entſcheidung abänderte und die Beklagte verurtheilte.

153.

Gemeindeleiſtungen combinirter Landgemeinden.

Erk. vom 6. Octbr. 1847, in S. Dombeltin u. Gen. ./. Klette u. Gen.

Die Verbindlichkeit zum Straßenbau liegt, nach dem Straßenbaumandat vom 28. April 1704, Cap. 2. §. 9. b. u. d.,

Digitized by Google

bei Straßen überhaupt, in den Dörfern und soweit deren Zäune gehen, den Dorf-Communen, ingleichen auf den Communications- und Nachbarwegen ebenfalls der Commune eines jeden Orts innerhalb ihrer Flur ob, wenn nicht durch Observanz etwas Anderes hergebracht ist.

Gehört hiernach diese Verbindlichkeit zu den Gemeinde-Angelegenheiten, so ist es eben so eine Gemeinde-Angelegenheit, wenn auf Grund einer behaupteten Observanz einzelne Classen oder Mitglieder einer Gemeinde, oder Dritte, zu dieser Obliegenheit der Gemeinde angehalten werden sollen, oder wenn über die Einrichtung bei Aufbringung der diesfallsigen Leistung selbst, unter Bezugnahme auf eine Observanz und über die den Besitzern des Ritterguts gleichviel, ob als solchen, oder als Besitzer eingezogener Bauergüter, Streit entstehet.

So wie vor dem J. 1838 die Rechte der Gemeinden in Prozessen nicht durch die einzelnen Mitglieder, sondern durch Syndicen wahrzunehmen waren — E. P. O. Tit. 7. §. 6. — so ist hiervon durch die Landgemeindeordnung vom 7. Novbr. 1838 weiter etwas nicht geändert worden, als daß nach §. 37. 38 und 52 die Bestellung von Syndicen wegfällt, und, statt deren der Gemeinde-Vorstand die Gemeinde zu vertreten, auch die für den, von dem Gemeinderathe zu wählenden Anwalt nöthige Vollmacht zu vollziehen hat.

Daß in dem Falle, wenn nach §. 17 mehre bis dahin abgesondert bestandene Gemeinden zu einer Gemeinde verbunden worden, iene künftig blos in die Kategorie von Gemeindeclassen (z. B. Hüfner, Gärtner, Häusler) treten und die Obliegenheit der früheren Gemeinde, in Folge dieser Vereinigung, um nicht mehr als Gemeindeleistungen, sondern als besondere Angelegenheit einer einzelnen Classe der Gemeindeglieder — §. 6 — angesehen werden sollen, besagt das Gesetz nicht. Auch aus der Bestimmung in §. 65. N. 1, nach welcher bei der, wegen Gemeindeleistungen, zu treffenden Regulirung dann, wenn Leistungen zu Gemeindezwecken zeither nur gewissen Classen von Gemeindegliedern oder Einzelnen abgelegen haben, es auch fernerhin, dafern keine andere Vereinigung zu bewirken ist, bei dieser Verpflichtung gelassen werden soll, folgt nichts für Beantwortung

Digitized by Google

der Frage über die Legitimation Einzelner zur rechtlichen Verfolgung des gegen eine Classe oder Einzelne zu erhebenden Anspruchs der Gemeinde, wegen Uebertragung der Gemeindeleistung.

Darauf, daß die Gesammtgemeinde den Klägern dasienige, was, nach der behaupteten Observanz, den Beklagten obliegen soll, angesonnen habe, haben sich die Kläger nicht bezogen, im Gegentheil wird von ihnen selbst angegeben, und von den Beklagten sich damit einverstanden erklärt, daß der Kreischaer Gemeinderath in der vorhergehenden Administrativsache selbst angenommen habe, es sei die fragliche Differenz eine Angelegenheit der gegenwärtigen, aus den Gemeinden .... combinirten Gemeinde Kreischa. Es liegt daher die, ohnehin mehr zum Ressort der Verwaltungsbehörde gehörige Frage, ob die ietzt als Kläger aufgetretenen angesessenen und unangesessenen Einwohner zu Ober- und Nieder-Kreischa dann, wenn der Gemeinderath und resp. Vorstand der combinirten Gemeinde die Verfolgung des Anspruchs gegen die Beklagten verweigern wollte, denselben dazu nöthigen können, oder ob diese Angelegenheit, nach dem 2. Abschnitt in §. 6 der Landgemeinde-Ordnung, als die Angelegenheit einer besondern Classe anzusehen sei, ingleichen die von den Klägern angeregte Frage, ob, dafern die Vertreter der combinirten Gemeinde nicht verbunden wären, den Anspruch gegen die Beklagten zu verfolgen, den Klägern nachgelassen werden möge, als noch bestehende wirkliche Gemeinheit, oder als Pseudo-Gemeinde — E. P. O. Tit. 7. §. 6. —,

v. Langenn und Kori, Erörterungen. Th. 2. N. 2. S. 35. flg. 2. Aufl.

durch Syndicen zu klagen, oder ob dies von ihnen, als zu einer Gemeinde-Classe gehörigen Mitgliedern zu geschehen habe? wenigstens ietzt zur Beantwortung nicht vor.

Digitized by Google

154.

Iſt l. 10. D. de iure dotium (23. 3.) auf inferirtes Vieh anwendbar?

Erk. vom 21. Novbr. 1837, in S. Langin ./. Lange.

Obſchon in l. 10. D. de iure dotium (23. 3.) die Worte: „maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem, qua mulier utitur", Vieh den in l. 42. eod. bemerkten rebus fungibilibus namentlich entgegenſtellen; ſo überzeugt man ſich doch, wenn man erwägt, daß einem Ehemanne als Mitgift inferirtes Vieh entweder von der Art iſt, daß es bei der für die Cultur eines Grundſtücks nothwendigen Arbeit oder zur Zucht, wie z. B. Saamenrinder, gebraucht werden ſoll, oder drittens entweder ausſchließlich, oder doch wenigſtens hauptſächlich gleich den rebus fungibilibus zur eigentlichen Conſumtion beſtimmt iſt, welcher Fall bei dem ſogenannten Schlachtvieh eintritt, daß dieſes nicht unter l. 10. eod. zu ſubſumiren iſt, und darum bei dieſer Art die Anwendbarkeit des Geſetzes hinwegfällt. Allerdings wird in den

Juriſtiſchen Ausführungen von F. A. Freih. v. Ende. N. VI. Seite 73 flg.,

unter Bezugnahme auf

Pufendorf, Observat. iur. univ. T. I. obs. 306. §. 16. sq., die Behauptung, daß die während der Ehe verzehrten und verbrauchten Sachen nicht von dem Ehemanne zu erſetzen und zu vergüten ſeien, ganz beſonders auf einen Fall angewendet, wo eine Ehefrau dem Ehemanne einen Hahn und eine Anzahl Hühner inferiret hatte. Allein die Gründe, worauf der angezogene Schriftſteller ſeine Anſicht zu ſtützen geſucht hat, genügen keineswegs zur Rechtfertigung derſelben. Sie reduciren ſich darauf,

1., daß zwar nach §. 38. I. de rer. divis. (2. 1.) und l. 60. §. 2. D. de usufr. (7. 1.) der Uſufructuar einer Heerde Vieh die abgegangenen Stücke durch andere zu erſetzen habe, iedoch iene Anzahl Federvieh nicht die Kennzeichen des Begriffes einer Heerde habe wahrnehmen laſſen, und daß

2., nach l. 3. C. de iure dot. (5. 12.) der Ehemann

Digitized by Google

befugt gewesen sei, einen zum Brautschatz gehörigen Sclaven frei zu lassen, ohne daß er damit die Verbindlichkeit übernommen habe, den Werth desselben nach getrennter Ehe zu ersetzen, da nach l. 2. D. ad l. Aquil. (9. 2.), Sclaven und Vieh von den Römern in eine Klasse wären gesetzt worden, die Freilassung des Sclaven aber eine Art der Veräußerung sei, woraus denn folgern soll, daß der Ehemann habe Sclaven auf iede Weise veräußern können, ohne ersatzpflichtig zu werden, und daß um der ausgesprochenen Gleichstellung der Obiecte willen, das Nämliche von der Veräußerung iedes Stückes Vieh gelten müsse.

Dagegen aber ist Folgendes zu erwidern: Der erste und an sich ganz richtige Satz, daß der Usufructuar einer Heerde abgehende Stücke zu ersetzen habe, hingegen den Nutznießer einzelner Stücke Vieh, hinsichtlich deren Verlusts, sobald er denselben nicht verschuldet hat, keine Ersatzverbindlichkeit treffe, steht außer allen Zusammenhange mit dem Satze, daß Schlachtvieh, weil es eben so, wie die res fungibiles, zur Consumtion bestimmt ist, in Hinsicht auf die den Ehemann treffende Ersatzverbindlichkeit, analog den rebus fungibilibus zu beurtheilen sei.

Den zweiten Satz anlangend, so ist zwar die Freilassung eines Sclaven eine Art der Veräußerung; allein wenn auch eine Art freigegebener Veräußerungen zu der unstatthaften Annahme berechtigen könnte, iede andere sei eben so freigegeben gewesen; so folgt doch daraus, daß wenn man eines Andern Thiere oder Sclaven beschädiget, dem Eigenthümer dafür gerecht werden soll (mehr besagt die l. 2. ad l. Aquil. nicht), und somit daraus, daß Thiere und Menschen in einer Beziehung einander gleich gestellt waren, noch keineswegs, daß sie in allen Andern wären gleichgestellt gewesen. Wie wenig die Römer selbst eine solche Parität des Verfahrens angemessen fanden, belegt die Lehre von dem Ususfructus und der partus ancillae.

Schilling, Lehrbuch der Institutionen. Bd. II. §. 192. S. 636.

Noch unstatthafter aber erscheint es, die in l. 3. C. de iure dot. enthaltene Disposition, welche nur von Sclaven spricht, auf andere Gegenstände ganz verschiedener Art, auf res fungibiles, in Anwendung zu bringen, sobald man erwägt, in

Digitized by Google

wievielfacher Beziehung die Maxime, Freilassungen zu begünstigen, singuläre Vorschriften des Römischen Rechts veranlaßt hat.

155.

Falsche Angabe eines Verkäufers über eine mitverkaufte Gerechtigkeit.

Erk. vom 21. Juni 1838, in S. Barthel ./. Herberg.

Ein Verkäufer, welcher eine auf dem verkauften Grundstücke, nach seiner Angabe, haftende Gerechtigkeit mit verkauft, ist dann, wenn sich findet, daß diese seine Angabe falsch war, verbunden, den Käufer deshalb zu entschädigen. Hat nun z. B. ein Käufer für die Entbehrung des ihm mit einem Grundstücke verkauften Bankbackens eine durch richterliches und Sachverständiger Ermessen zu ermittelnde Entschädigungssumme, sonach nicht den Werth, welchen die unter einer und derselben Kaufsumme begriffene Bankgerechtigkeit, allein betrachtet, haben könnte, sondern ein Capital gefordert, welches ihm an Zinsen so viel Nutzen gewährt, als er, bei den übrigen Nutzungen des erkauften Grundstücks, jährlich als Gewinn aus dem Backofen haben würde, wenn er zum Verkaufe backen dürfte; so würde solchem Gesuche des Klägers gemäß auch der Beklagte verurtheilt werden, Jenem eine auszumittelnde Entschädigungssumme für die Entbehrung des Bankbackens, nicht aber den Werth, welchen das Bankbacken an sich haben kann, zu gewähren, weil auf das volle, in der Klage speciell berechnete id quod interest Anspruch gemacht worden ist. Dieses id quod interest, welches der Verkäufer dem Käufer für eine einzelne nicht um einen besonderen Preis, sondern zugleich mit mehreren anderen Gegenständen unter einer und derselben Summe mit verkaufte, aber fehlende Sache zu leisten hat, bestehet

Carpzov, Respons. lib. V. resp. 47.

Berger, Oec. iur. lib. III. tit. 8. th. 5. not. 8.

Glück, Erläuter. der Pand. 20. Th. 10. Abthlg. S. 83. §. 1111.

Digitized by Google

in dem entbehrten Gewinne, welchen der Käufer von dieser Sache hätte ziehen können, indem dieser das wirklich Fehlende und der geringere Nutzen ist, welchen der Käufer von dem um eine und dieselbe Kaufsumme erkauften Complexe von Sachen nach seinen übrigen Nutzungen hätte ziehen können.

Der Käufer kann auch in der That nicht mehr verlangen, als Entschädigung für den zu hohen Preis, welchen er verhältnißmäßig unter der bedungenen gesammten Kaufsumme mit für das einzelne Stück gegeben hat.

156.

Verwandte als Zeugen beim Einbringen-Beweise.

Erk. vom 28. Aug. 1837, in S. Pickert ./. Teichert.

Die größere Milde in Beurtheilung von Zeugen, durch welche eine dos oder illata bewiesen werden sollen, als eine Ausnahme von der Regel, auf alle mögliche Fälle des Beweises einer solchen Forderung zu extendiren, und namentlich auch dann anzuwenden, wenn nicht die Ehefrau selbst, sondern Erben dieses einklagen, dies dürfte schon an sich und besonders deswegen einigen Bedenken unterliegen, weil sich nicht läugnen läßt, daß, wenn ganz fremden Personen dieselbe Begünstigung zugestanden würde, eine gewisse Härte gegen die andere Partei fühlbar wird, welche Rücksicht auch unfehlbar zu der auf die Eheweiber selbst sich beschränkenden Fassung der Dec. 4. vom Jahre 1661, in Beziehung auf die Restitution gegen Versäumniß an der Beweisfrist, Veranlassung gegeben hat. Allein wollte man davon auch absehen; so liegt doch der Grund jener milden Berücksichtigung hauptsächlich darin, daß nur die Aeltern oder andere Personen, von welchen das Einbringen herrührt, gewöhnlich die Zeugen sind und sein können, welche zu dessen Erweis gebraucht werden, weil sie meistentheils allein oder doch am besten Kenntniß davon haben. Sind nun solche mit der Beweisführerin verwandte Personen die Zeugen; so kann, nach dem Ermessen des Richters, auf die Aussagen derselben, ob sie

Digitized by Google

gleich suspect sind, ein Erfüllungseid erkannt werden, weil man bei ihnen die vollständige Bekanntschaft mit der Bewandtniß der Sache voraussetzen darf.

157.

Verträge über künftige Erbanfälle.

Erk. vom 24. Juni 1838, in S. Bürger ./. Bürger.

In l. ult. C. de pact. (2. 3.) ist zwar die Ungültigkeit der Verträge über künftig zu erwartende Erbanfälle ausgesprochen, allein hierinnen weichen die Grundsätze des Deutschen Rechts von dem Römischem Rechte gänzlich ab. Nach letzterm lag der Grund jenes Verbots in der Befürchtung eines dem Leben oder der Gesundheit des künftigen Erblassers etwa zu erwartenden Nachtheils.

Leyser, Medit. ad Pand. sp. 43. med. 1. 2.

Diese Befürchtung theilt das Deutsche Recht nicht, sondern gestattet Verträge über künftige Erbschaften unbedingt, sobald nur eine ernstliche mit Absicht der Verpflichtung geschlossene Willenserklärung vorhanden ist,

Glück, Erläut. d. Pand. Th. 16. §. 1013. Nota 56. S. 314.

Curtius Handb. Th. 2. §. 830. Th. 4. §. 1373.

Hebenstreit, Diss. Vindicia valoris pact. success. Erford. 1760.

Mittermeier, Grundsätze des gem. Deutschen Rechts. 3. Ausg. §. 402. S. 734.

Eichhorn, Einleit. in d. Deutsche Privat-Recht. §. 341. Nota d.

Hommel, Rhaps. obs. 59.

Schwarze, das Röm. Peinl. Recht in d. heutigen Anwendung. Th. 5. §. 785.

(Eine abweichende Meinung wird von Hesse im Rheinischen Museum für Jurisprudenz 2. Jahrg. S. 228 flg. und einigen

Digitized by Google

von Glück a. a. O. nachgewiesenen Rechtslehrern aufgestellt, welche iedoch an der vaterländischen Praxis keine Anerkennung gefunden hat.)

158.

Zur Rechtsbeständigkeit affirmativer Servituten gehört, außer dem Vertrage, auch Quasitradition.

Erk. vom 11. Aug. 1840, in S. Schmalz ./. Meitzner.

Das Erkenntniß erster Instanz erkannte, unter Beziehung auf l. 20. D. de servitut. (8. 1.), l. 1. §. 2. D. de serv. praed. rust. (8. 3.), l. 16. D. de serv. vind. (8. 5.) Curtius Handbuch Th. 2. §. 1010, daß Verträge nur ein persönliches Recht, ein Recht zur Erwerbung eines dinglichen Rechts, nicht aber das dingliche Recht selbst begründen, vielmehr um dieses zu erlangen, die Quasitradition hinzukommen müsse. Der entgegengesetzten Meinung war das Gericht zweiter Instanz, welches sich dafür auf die bei Curtius a. a. O. Anmerk. 6. S. 128 der 3. Ausg. angeführten Rechtslehrer, und Dunker, die Lehre von den Reallasten, Marburg 1837, §. 25 flg. S. 119 flg. bezog. Auf gegen diese letztere Entscheidung eingewendete Appellation, worinnen der Appellant l. 25. §. 7. D. de usufr. et quemadmod. (7. 1.), l. 1. pr. D. de alienat. iud. (4. 7.) für sich anziehet und gedenkt, daß das Römische Recht nur in speciellen Fällen ein dingliches Recht auf den bloßen Rechtstitel gründe — l. 50. §. 1. D. de rei vind. (6. 1.), l. 80. D. de legat. II. (31.), l. ult. D. de servit. leg. (33. 3.), trat das Oberappellationsgericht der Ansicht der ersten Instanz bei und erwähnte in seinen Entscheidungsgründen: daß, nach der bei diesem Collegium in Uebereinstimmung mit den Aussprüchen des vormaligen Appellationsgerichts, eine affirmative Servitut durch einen dinglichen Vertrag nur unter Hinzutritt einer Quasitradition erworben werden könne.

Digitized by Google

159.

Veräußerung einer ſtreitigen Sache.

Erk. vom 29. März 1838, in S. Gierth ℳ. Gierth.

Da heut zu Tage die Veräußerung einer rei litigosae, ſofern nicht eine beſondere Gefährde dabei zum Grunde liegt (Spangenberg, Abhandl. über das Verbot der Veräußerung einer in Prozeß befangenen Sache, im Archive für civiliſt. Praxis. Bd. 9. N. 29. S. 411.) zugelaſſen wird,

Voët, Comment. ad Pand. lib. 44. Tit. 6. §. 3.

Leyser, Meditt. ad P. Vol. VII. sp. 518. med. 1.

Hommel, Rhaps. obs. 632.

Carpzov, Respons. lib. I. resp. 102. T. 6.

Berger, Oec. iur. lib. III. tit. 5. th. 5. Nota 22 et Respons. P. I. resp. 17. quaest. 5. pag. 27. P. II. resp. 238. pag. 958 et resp. 238. pag. 531.

Struv, Exercit. 46. tit. 51.

Pufendorf, Tom. IV. obs. 201.

Car. Godof. Winkler, Discrimen inter litis contestationem iure veteri et hodierno et utriusque effectus. Lipsiae 1751. sect. III. §. 5. pag. 60.

v. Langenn und Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen. Th. 2. Abth. 19.

ſo kann das in Nov. 112. cap. I. enthaltene, auf bloße Realklagen ſich beſchränkende Verbot noch viel weniger auf Gegenſtände ausgedehnt werden, wegen welcher eine bloße Perſonalklage erhoben worden iſt.

160.

Caſſenbeſtände in den Händen des Vormundes.

Erk. vom 26. Aug. 1840, in Sachen Krumbiegelin Altersvormund ℳ. Winkler.

Wenn auch die in der Allgem. Vorm. Ordnung Cap. 15. §. 7 vorkommenden Worte, „nach Ermeſſen des Richters“,

Digitized by Google

darauf, daß der Obervormund die Wahl habe, entweder das Geld zum gerichtlichen Depositum zu nehmen, oder solches zu versiegeln, und dasselbe dem Vormund sodann zur Aufbewahrung zu übergeben, zu beschränken sind; so schließt dies doch den Fall nicht aus, daß der Vormund für seine Person genug thut, wenn er das vorräthige Geld zur Deposition anbot, von dem Obervormunde aber dieses Geld weder zur gerichtlichen Deposition genommen, noch versiegelt und so dem Vormunde zur Aufbewahrung übergeben, sondern vielmehr Letzterem die Bescheidung ertheilt wurde, daß er das Geld nur bei sich behalten solle. Daß der Vormund sich hierbei beruhigte und sein Urtheil der einer Decretsertheilung ähnlichen Bescheidung der obervormundschaftlichen Behörde unterordnete, dies läßt sich als ein Verschulden des Vormundes um so weniger ansehen, als er durch das Anerbieten der Cassenbestände in soweit dem nachkam, was ihm, dem angezogenen Gesetze zu Folge, zu thun oblag. Nach dieser Ansicht hat auch das Oberappellationsgericht, in Sachen Ruppert ./. Ruppert 1840, in dem Falle erkannt, wo die obervormundschaftliche Behörde die Ausleihung von dem Pflegsohne gehöriger Geldern, gegen bloße Schuldverschreibung, auf Anfrage des Vormundes, deshalb gebilliget hatte.

161.

Wirkung des Geständnisses in einer Untersuchungssache für die Civilsache.

Erk. vom 10. Septbr. 1840, in S. Windisch ./. Uebrig.

Ein Geständniß, welches eine der Partheien als Inculpat oder Denunciat in einer gegen dieselbe anhängig gewesenen Untersuchung vor Gericht abgelegt hat, äußert gegen demselben in der Civilsache so lange volle Wirkung, bis ein hierbei begangener Irrthum angeführt und dargethan worden ist, da es iedem andern vor Gericht gemachten Geständnisse mindestens gleich zu achten. l. 16. §. 2. D. depos. (16. 3.)

Digitized by Google

Menken, Syst. iur. civ. lib. 12. tit. 2. §. 3.
Wernher, obs. for. P. 2. obs. 299.
Ejd. El. discept. for. tit. 32. obs. 1.
Hommel, obs. 47.
Pfotenhauer, doctr. proc. P. II. §. 367.
Biener, Syst. prac. P. I. §. 3. obs. 2.

162.

Kauf bricht Miethe.

Erk. vom 5. Octbr. 1841, in S. Lawrance ./. Höfer.

Der Verkäufer eines Grundstücks kann nie, auf den Grund des Rechtssprichworts „Kauf bricht Miethe", seinen Abmiether die Miethe, in Folge eines von ihm, dem Vermiether und Verkäufer, mit einem Dritten, als Käufern, eingegangenen Kaufs, mit Wirkung aufkündigen, weil er den ihn persönlich bindenden Miethcontract halten und erfüllen muß, und die Gesetze — l. 9. C. de loc. cond. (4. 65.) mit den Worten: „emtorem quidem fundi necesse non est stare colono" — dem neuen Besitzer eines von demselben erkauften Grundstücks das Recht, dem Abmiether aufzukündigen, nur aus dem Grunde beilegen, weil er ein dingliches Recht an dem verkauften und ihm übergebenen Grundstücke, der Abmiether aber nur ein persönliches an solchen und gegen seinen Vermiether erworben hat.

Westphal, vom Kaufe, Pachte u. s. w. §. 1018.
Biener, Opusc. acad. T. II. pag. 232. sq.

Diese Vorschrift des Römischen Rechts ist auch durch die E. P. O. Tit. 39. §. 4 insofern ausdrücklich bestätiget, als dabei vorausgesetzt wird, daß der Gläubiger durch die Immission ein dingliches Recht an dem in Frage befangenen Grundstücke erlangt habe.

Digitized by Google

163.

Moralischer Zwang zur Eingehung einer Ehe, als Nullitätsgrund.

Erk. vom 28. Aug. 1841, in S. Eichhornin ./. Eichhorn.

Wenn Eltern eine Tochter dergestalt bedrohen, daß auf den Fall der von derselben erfolgten Weigerung zu Eingehung einer Ehe mit einem von ihnen derselben bestimmten Manne, sie dieselbe enterben, aus dem Hause werfen, gänzlich verstoßen und von aller und ieder Hülfe entblößt lassen würden; so liegt hierin eine moralische Nöthigung (ein Zwang) der Tochter zur Ertheilung ihres Jaworts. Denn die Nachtheile, welche daraus, daß ein Kind nur auf den Pflichttheil gesetzt wird, demselben erwachsen, leuchten von selbst ein und sind bleibend, und ein Mädchen zudem, welches von ihren Eltern plötzlich, und ohne vorher für das Unterkommen derselben gesorgt zu haben, genöthiget wird, das elterliche Haus ohne alle Unterstützung zu verlassen, ist höchst wahrscheinlich, sofort ihr Fortkommen zu finden, außer Stand gesetzt, und kommt dadurch in eine Lage, durch welche ihr guter Ruf leicht untergraben werden kann. Um diesen Nachtheilen zu entgehen, läßt sie sich durch die Drohungen bestimmen, ihre Einwilligung zu ertheilen. Hieraus ergiebt sich, daß Drohungen der Art einem wirklich verübten Zwange gleich zu achten sind.

164.

Die Ausflucht der Compensation kann, wenn der Kläger den Ehebruch zu bescheinigen hat, in der Gegenbescheinigung mit ausgeführt werden.

Erk. vom 28. August 1842, in S. Heinze ./. uxor.

Der Ehemann beschuldigte seine Frau des Ehebruchs; diese läugnete, schützte aber eventuell Compensation vor. Weil iener Ehebruch vor dem Gesetze vom 3. April 1838 begangen worden

Digitized by Google

war, erkannte die erste Instanz auf Bescheinigung und behielt die Entscheidung über die Ausflucht vor. Auf eingewendete Appellation der Beklagten bestätigte das Oberappellationsgericht das gedachte Erkenntniß, iedoch mit der Erläuterung: daß, dafern Kläger die ihm auferlegte Bescheinigung unternehme, der Beklagten, die erwähnte Ausflucht sogleich bei der ihr nachgelassenen Gegenbescheinigung mit auszuführen, unbenommen sei; und zwar aus folgenden Gründen:

Bereits durch das Rescript vom 30. September 1785 — II. C. C. A. 1. Th. S. 311 — sei es gesetzlich vorgeschrieben, daß, wenn Ehescheidungsklagen auf die Beschuldigung eines Ehebruchs gegründet würden, der Kläger zuförderst zur Veranlassung der Untersuchung bei der ordentlichen Obrigkeit verwiesen werden solle. Diese Anordnung sei iedoch auch damals nur von dem klagenden Theile, von welchem dieselbe auch deutlich spreche, keineswegs aber von dem Falle verstanden worden, wenn der beklagte Theil sich, wegen Compensation, auf einen ähnlichen Fehltritt des Klägers bezogen hätte.

In diesem Falle sei sofort auf Bescheinigung der Ausflucht der Compensation erkannt worden, weil hier nicht die, im Rescripte selbst ausgesprochene ratio legis nämlich die Vermeidung der Collusion Platz greife, vielmehr das sofortige Erkenntniß auf Bescheinigung der Compensation der beabsichtigten Ehescheidung und der deshalb denkbaren Collusion entgegen arbeite. — D. von Weber, Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechts. 2. Th. 3. Abth. S. 1246. Nota 70. Urthel des vormaligen Appellationsgerichts in Sachen Fischerin w. Fischer, 1818. — Durch das Mandat vom 30. December 1822, sowie durch das Gesetz vom 8. Februar 1834, §. 23, könne eine abweichende Ansicht als begründet um so weniger angesehen werden, iemehr nicht nur die Worte dieser Gesetze an sich kein Anhalten dazu geben, sondern auch ebenfalls deren Tendenz nur gegen die zu besorgenden Collusionen, und für die Aufrechthaltung der Ehe sich allenthalben ausspräche.

Wenn nun aber auch in dem Gesetze vom 3. April 1838 die Disposition des obgedachten Rescripts vom 30. September 1785 nicht nur im Wesentlichen wiederholt, sondern auch in

Digitized by Google

Beziehung auf die Strafverjährung, die Frist, innerhalb welcher eine auf einen Ehebruch zu gründende Klage anhängig gemacht werden könne, noch beschränkt worden sei; so möge doch hierdurch, hinsichtlich der sofortigen Zulassung einer Bescheinigung der von dem beklagten Ehegatten vorgeschützten Compensation, eine andere Ansicht, als hier vorgedachter Maßen, in Beziehung auf das Rescript vom 30. September 1785, befolgt worden, als begründet nicht angesehen werden, da eines Theils die Worte des gedachten neuesten Gesetzes, welches nur vom Kläger handle, kein Anhalten dazu gäben, andern Theils aber auch wiederum dieselbe ratio legis, wie im Rescripte von 1785, im Eingange des Gesetzes selbst ausgesprochen worden sei.

165.

Der Spoliirte hat die Erwerbung seines Besitzes nicht nachzuweisen.

Erk. vom 26. April 1842, in S. Wittig ./. Schumann.

Dem Verlangen des Beklagten, als habe Klägern, als Spoliaten, obgelegen, sich über die Art seines Besitzes und insbesondere darüber auszuweisen, daß die auf dem Wehre angebrachten Vorrichtungen mit Zustimmung sämmtlicher Adjacenten, namentlich aber der Besitzer der unterhalb des Wehres zunächst gelegenen Mühlen angelegt worden, steht Folgendes entgegen. Bekanntlich gehen die, wegen Wiedereinsetzung eines durch Eigenmacht und Selbsthülfe eines Andern aus dem Besitze Gesetzten, in diesem Besitze ertheilten gesetzlichen Vorschriften nicht dahin, daß der Spoliirte die Art der Erwerbung seines Besitzes angeben und nachweisen müsse, sie halten vielmehr nudam detentionem hierbei für ausreichend.

c. 5. 7. 11. 16. X. de rest. spol. (11. 13.)

Hommel, obs. 40. 275.

Geiger, zur Lehre vom Interdict. unde vi und dem remed. spolii (in der Zeitschrift für Civilrecht u. s. w. von Lind u. s. w. S. 247. 276.)

Digitized by Google

Hierzu kommt, daß die Einwilligung sämmtlicher Adiacenten, namentlich zu einer vorübergehenden Erhöhung des Wehrs nicht unbedingt, sondern nur dann erforderlich ist, wenn ihnen dadurch ein Nachtheil wirklich erwüchse.

166.

Erwerbende Verjährung der Befreiung von Gemeinde-Militärlasten.

Erk. vom 19. April 1842, in S. Gemeinde Schöna ./. Pettrich.

Zur rechtlichen Begründung der von einzelnen Gemeindegliedern in Anspruch genommenen Befreiung von der Verpflichtung zu den Gemeindelasten den gesetzmäßigen Antheil zu übertragen, reicht es nicht zu, daß solche wenn gleich über rechtsverwährte Zeit diesen Theil iener Lasten gar nicht oder nicht vollständig getragen haben; sondern es wird vielmehr zur Erwerbung einer dinglichen Befreiung durch Verjährung erfordert, daß von den zur Uebertragung dieser Beiträge mit verbundenen Glieder der Commun die Erfüllung dieser Verbindlichkeit einsmals verlangt, dieselbe iedoch verweigert worden sei, und die Gegner hierbei rechtskräftige Zeit hindurch sich beruhigt haben, wie dies z. B. bei Parochiallasten unstreitig der Fall ist.

Kind, t. II. c. 48. pag. 188. sqq. ed. 2.

Gottschalk, discept. for. t. II. c. 8. pag. 84. ed. 2.

Von diesen, sowohl von dem vormaligen Appellationsgericht, als dem Oberappellationsgerichte befolgten Grundsätzen ist iedoch, in Beziehung auf Militärprästationen, durch die Ordonnanz vom 19. Juli 1828 eine Ausnahme gemacht, indem, nach der im 13. Abschn. §. 394. — G. S. S. 132. — enthaltenen klaren Disposition, zur erwerbenden Verjährung einer Befreiung von derselben die Berufung auf eine usucapio libertatis nicht erfordert werden kann, vielmehr zu einer Verjährung dieser Art es ausreichend ist, wenn die in Anspruch genommene Befreiung in drei Fällen dergestalt beigebracht wird, das sie eine völlige Verjährungszeit, ohne eine dazwischen fallende conträre Thatsache

Digitized by Google

umfaßt. Wenn daher Beklagter seinen Beweis auch hierauf mit richten sollte, so würde allerdings schon die Ausführung der Veriährung in der obgedachten Maße genügen.

Dagegen kann bei den übrigen Leistungen die Berufung auf die unvordenkliche Veriährung jenes Erforderniß keineswegs entbehrlich machen, da die darin begriffene Veriährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen nach denselben Requisiten zu beurtheilen ist, wie die ordentliche Veriährung, und daher, sobald bei dieser usucapio libertatis sich als nöthig darstellt, solche auch bei ersterer verwiesen werden muß.

167.

Kann der Erbpachter Veränderungen vornehmen?

Erk. vom 13. April 1842, in S. Fiskus ./. Fordtran.

Wenn schon von den Rechtslehrern gewöhnlich behauptet wird, und auch in dem Ablösungsgesetze vom 17. März 1832, §. 77 bestimmt ist, daß dem Erbpachter keinerlei Eigenthum (d. h. weder das volle, noch das Nutzungseigenthum) an den in Erbpacht erhaltenen Grundstücken zustehe, so hat doch der Erbpachter ein dingliches, dem dominio utili ähnliches Recht.

Curtius, Handbuch ꝛc. 2. Ausg. Th. 4. §. 4484. S. 173. unter Nota. e. f.

Dieses giebt ihm allerdings das Befugniß, auch Veränderungen an der Substanz des Grundstücks vorzunehmen, wenn er nur dadurch das Grundstück nicht deteriorirt.

Stryk, us. mod. Pand. lib. 19. tit. 2. §. 62.

Digitized by Google

168.

Verträge über Steuerfreiheit.

Erk. vom 3. Novbr. 1842, in S. v. Schwerdtner ./. Roßberg.

Nach den Worten und dem Zusammenhange der 17. Dec. von 1746, in Verbindung mit der in derselben enthaltenen Beziehung auf die ältere Dec. 65 von 1661, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in der Erstern nur von verfassungsmäßig steuerbaren Grund und Boden, keineswegs aber von solchen Fällen die Rede ist, in welchen steuerfreier Rittergutes Grund und Boden veräußert und dabei diese steuerfreie Qualität, so wie die Gewährung deshalb zugesichert werden möchte. Wenn, wie von

Bauer, Commentar zu den Decisionen von 1746 zu Dec. 17. §. 10. 12. 14.

auseinander gesetzt worden, die ratio legis, in Ansehung der in dem Gesetze, auch hinsichtlich der Verhältnisse der Contrahenten unter einander, ausgesprochenen Nullität bei steuerbaren Grundstücken in der beiderseitigen turpitudo conventionis zu finden, und selbst daher, hinsichtlich solchen notorisch steuerbaren Grund und Bodens, in Fällen, wo eine turpitudo auf Seiten des Nachbesitzers des Erwerbers nicht angenommen werden kann, Zweifel über die Gewährungs- und Entschädigungsansprüche gegen den Besitzer des befreiten Hauptgrundstücks in Frage kommen können und zum Theil in der VII. Steuerquästion vom 24. März 1840, §. 4 in der That berücksichtiget worden sind; so kann unverkennbar diese ratio legis nicht auf solche Fälle erstreckt werden, in welchen zwischen den Contrahenten von gar keinem steuerbaren Grundstücke, sondern vielmehr von einem steuerfreien die Rede gewesen, und daher keineswegs über die Befreiung eines wirklich steuerpflichtigen Trennstücks von den gesetzlichen Lasten pacisciret, sondern vielmehr nur, wegen der Uebertragung eines von den Veräußernden ausdrücklich für steuerfrei ausgegebenen, und in dieser Qualität zugesicherten Grundstücks, unterhandelt und abgeschlossen war. Ob und in wie fern der Veräußernde ein an sich steuerfreies Grundstück, oder den Theil eines solchen, zu veräußern berechtiget war, kann

Digitized by Google

zwischen den Contrahenten, wenigstens in Beziehung auf die Anwendbarkeit der beregten 17. Dec. nicht in Frage kommen; allein eben hinsichtlich dieser Anwendbarkeit kann es, in Beziehung auf den Erwerbenden, auch keinen rechtlichen Unterschied, den Veräußernden gegenüber, begründen, ob der Letztere gegen die Wahrheit ein wirklich steuerpflichtiges Grundstück dolo malo oder culpa für steuerfrei ausgegeben und die Gewähr dieser Steuerfreiheit zugesichert hat.

In solchem Falle kann dem Erwerbenden eine Gesetzwidrigkeit, welches ihn seines Anspruchs auf Gewährung, oder, bei eintretender Unmöglichkeit, auf Seiten des Veräußernden, auf Entschädigung verlustig machte, nicht zur Last gelegt, und nicht angenommen werden, daß durch die Decision dem schuldlosen Erwerber seine an sich gegen die Veräußerung aus dem Vertrage zuständigen wohlerworbenen Rechte hätten entzogen werden sollen.

Nach diesen Gründen und (andern besondern) Verhältnissen, in Verbindung mit der durch das an die Landstände am 2. Mai 1830 — Landtagsacten v. Jahre 1830. Bd. 1. S. 452. 467. 523 — gelangte Decret gebilligten Ansicht des vormaligen Appellationsgerichts, hinsichtlich der Gültigkeit der in Beziehung auf Grundstücken eingegangenen dinglichen Verträge gegen Singularsuccessoren (wobei auch gegenseitige und zusammenhängende Zusagen nicht von einander getrennt zur Berücksichtigung kommen), hat die von Beklagtem vorgebrachte Ausflucht der Compensation als unerheblich und durch die 12. Dec. von 1796 beseitiget nicht angesehen werden können.

169.

Für zufällige Veränderungen haftet der Fiduciar nicht.

Erk. vom 3. Mai 1842, in S. des Gräfl. Flemmingschen Nachlasses

Dem Satze, daß bei fideicommissis particularibus in diem rollotis der Inhaber, als Fiduciar, nicht für solche Veränderungen der Fideicommißsubstanz zu haften habe, welche er nicht in

Digitized by Google

böser Absicht oder durch zu große Nachlässigkeit herbeigeführt hat, sondern die durch Zufall entstanden sind, ist um so mehr beizupflichten gewesen, da die Rechtsanalogie denselben bestätiget. Nach l. 66. D. ad l. Falcidiam wird, bei Berechnung der Quarta Falcidia, das, was an der Substanz des bedingt hinterlassenen Legats, oder des, denselben gleichzuachtenden Particularfideicommisses, durch Zufall in der Zeit bis zur Existenz der Bedingung untergegangen ist, nicht mitgerechnet; sie wird mithin kleiner, indem der Erbe oder Fiduciar daran einbüßt; und insofern trägt er den Schaden mit, der durch Zufall entstanden ist. Auf der andern Seite verliert auch der Fideicommissar, insoweit er durch Zufall an den Nutzungen und Zinsen, die er sonst vom Ganzen bezogen haben würde, eine Verkürzung erleidet. Es liegt demnach die allgemeine Rechtsregel zum Grunde: casum sentit is, quem tangit; und diese ist hier um so mehr anzuwenden, da sie in Beziehung auf Legate und Particularfideicommisse durch kein Gesetz abgeändert worden ist.

Carpzov resp. iur. lib. VI. tit. 3. resp. 32.

Dafür spricht auch die von

Berger, Oec. iur. lib. II. tit. 4. th. 39. not. 7. angezogene, vom vormaligen Appellationsgerichte, in Sachen Krausin ./. Neumannin, im Wintergerichte 1707 ertheilte Entscheidung.

170.

Die Fideicommissarische Caution.

An demselben Erkenntnisse.

Die fideicommissarische Caution geht l. 1. pr. D., ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur, dahin, ut quibus testator dari fierive voluerit, his diebus detur vel fiat, dolumque malum ab futurum stipulentur, also daß dem Legatar oder Fideicommissar die ihm beschiedene Sache zur gehörigen Zeit gewähret und von dem Caventen absichtlich nichts unternommen werde, wodurch diese Leistung ganz oder zum Theil vereitelt

Digitized by Google

würde. Dieser Zweck wird unter andern durch die Maßregel, daß der jedesmalige Nutznießer des z. B. in Schmuck, Silberwerk und Meubles bestehenden Fideicommisses verbunden sei, den ihm nachfolgenden Familiengliedern eine vollständige, von ihm eigenhändig vollzogene Specification der einzelnen Stücke und deren Werths auszuhändigen, auch sich gefallen zu lassen, daß die Familienglieder aller zwei Jahre eine Revision der fideicommissarischen Gegenstände, auch wohl mit Zuziehung sachverständiger Personen, zu veranstalten, keineswegs erreicht. Denn die Specification dient nur dazu, um in Gewisheit zu setzen, was der Nutznießer zu vertreten hat, und die Revision, um die Interessenten davon, daß die Fideicommißgegenstände noch wirklich vorhanden sind, zu überzeugen, und erstren Gelegenheit zu verschaffen, etwanige Mängel zu entdecken und auf deren Ergänzung zu dringen. Dagegen zweckt die Caution auf Herstellung eines Objects ab, aus welchem sofort die Ergänzung bewirkt werden kann.

171.

Eigenthumsbeschränkung in Aenderungen eines Mühlwehrs.

Erk. vom 19. Aug. 1843 in S. Winkler ./. Hering.

Das Recht des Eigenthümers, auf seinem Grund und Boden zu bauen und willkührliche Einrichtungen zu treffen, ist in soweit beschränkt, als dessen Ausübung einem wirklichen Verbietungsrechte eines Andren entgegensteht. Ein solches kann aber, in Ansehung der Veränderungen, die ein Müller an seinem Mühlwehre vornimmt, sich gründen, nicht nur auf Gesetz, Vortrag und Verjährung (im eigentlichen Sinne des Wortes), sondern auch auf jeden factischen Zustand, der in den Römischen Rechtsbüchern unter dem Namen: vetustas, vetus mos, vetus forma, vorkommt, und in l. 26. D. de aqua et aqua pluv. arc., l. 10. D. de serv. et aq., l. 7. C. eod. näher bezeichnet ist. Es unterscheidet sich dieser Zustand von der eigentlichen Verjährung dadurch, daß derselbe ein Widerspruchsrecht des

Digitized by Google

Adiacenten begründet, wenn gleich von Letzterm keine wirklichen Verbote gegen den, der wider die vetus forma etwas ändert, vorher erlassen worden sind, wogegen er ihr gleichkommt, in Ansehung der Zeit seiner Dauer, indem, nach den bei dem Oberappellationsgerichte diesfalls angenommenen Grundsätzen, der Beweis eines gewöhnlichen Verjährungs-Zeitraums gnügt.

Kritz, Samml. von Rechtsfällen 3. Bd. S. 63.

172.

Conservativhandlungen bei gesetzlichen Rechten.

Erk. vom 10. Jan. 1843, in S. Jänke ./. Petermann.

Wenn Kläger davon ausgeht, daß seiner Erbpachtsmühle schon in der Mühlenordnung vom J. 1661 das Zwangsrecht des Malzschrotens als Privilegium ertheilt sei, und behauptet, daß dieses Privilegium, als gesetzliches Recht, in seiner Fortdauer zu präsumiren sei, ohne daß es dafür erst der Conservativhandlungen bedürfe; so stehet ihm entgegen, daß auch Privilegien und gesetzliche Rechte einzelner Privatpersonen durch Nichtgebrauch seit Verjährungszeit verloren gehen können. Cap. 6. 15. X. de priv. (5. 33.) l. 1. D. de mundinis,

Curtius, Handbuch §. 578.

Kori, Theorie der Verjährung §. 96. S. 183.

und wenn die Gelegenheit sie auszuüben wenigstens alljährlich vorhanden war, so hat der Privilegirte zu Elidirung der Extinctiv-Verjährung, welche der Richter Amtswegen zu berücksichtigen hat — Const. 25. Th. I. — allerdings Conservativhandlungen nachzuweisen

---

Digitized by Google

173.

Der Mahlzwang begreift das Malzschroten nicht in sich.

Dasselbe Erkenntniß.

Obgleich der Mahlzwang auch das Getraide-Schroten für das Vieh mit begreift,

Klinger, Samml. zum Dorf- und Bauernrechte Th. 3 Cap. 9 und das als 85. Beil. S. 573 angeführte Reſcript vom 21. Septbr. 1741 über das Mahlzwangsrecht der Amtsmühlen im Stifte Merſeburg,

welches den Mahlzwang auf das Getraideſchroten für das Vieh beziehet, nicht aber auf das Schroten des zum Brauen beſtimmten Malzes ausdehnt; ſo kann doch dem Mahlzwangsrechte nicht ipso iure auch das Schroten des Malzes für die Bierbrauereien unterlegt werden, da dieſe Operation, indem das Malz vorher genäßt werden muß, von andern Getraideſchroten verſchieden iſt, auch die den Zwangsmüllern in der Regel gebührende Mahlmetze der Müller einen Gegenſtand gemeiner Verkaufsartikel darbietet, worunter das blos für das Bierbrauen geſchrotene Malz nicht zu rechnen, auch in der Mühlenordnung von 1661. — C. A. T. II. S. 735. — am Schluſſe in der §. „der Müller oder ſein beſtellt Geſinde" bei der Mahlmetze für das Mahlen des Waitzens, Korns, Gerſte oder Hafer nicht mit benannt worden iſt, zudem auch überhaupt die 16. Metze zwar für das Getraidemahlen vom Müller verdient wird, nicht aber für das mit weniger Arbeit verbundene Malzſchroten.

174.

Das Uebergehen der Notherben im Teſtament.

Erk. vom 4. Septbr. 1842, in S. Heißinger ℳ. Wendiſch.

Die Frage, ob Jemand ein Teſtament, worin er ganz übergangen worden, rückſichtlich der Erbeinſetzung, als nichtig mit dem Erfolge anfechten könne, daß ihm, mit Ausſchluß der

Digitized by Google

Testamentserben, der ganze Nachlaß zuzusprechen sei? oder ob ihm nur der Pflichttheil gebühre und, wegen der dem Testamente einverleibten Codicillarclausel die Verbindlichkeit obliege, den übrigen Nachlaß als ein Fideicommiß den eingesetzten Erben abzutreten? beantworteten das Appellations- und das Oberappellationsgericht dahin, daß sie sich für das Letztere entschieden.

Durch die 115. Nov. Cap. 3, worin übergangene oder iniuste enterbte Notherben einander gleichgestellt werden, ist der color insaniae, auf welchem nach dem älteren Rechte die querela inofficiosi testamenti ruhte, aufgehoben, weil außerdem die Legate, Fideicommisse, libertatis und tutoris datio, die in einem solchen Testamente enthalten sind, nicht für rechtskräftig hätten erklärt werden können. Das Testament ist also, in Betreff der Erbeinsetzung, allerdings nichtig, wie auch in der Auth. Cod. Ex. causa de liber. praeter, und, soviel Sachsen betrifft, in der 9. Const. Th. 3. ausgesprochen wird. Bestände iener color insaniae noch; so würde die dem Testamente beigefügte Codicillarclausel nichts wirken, weil sie einen Mangel von Seiten der Person und Willensfreiheit des Testirers nicht ergänzen kann. Allein mit dessen Aufhebung ist zugleich der Satz bestimmt, daß, insoweit die Rechte des Notherben auf den Pflichttheil unverletzt bleiben, der Wille des Testirers aufrecht erhatten werden müsse. Dieser ist durch die Codicillarclausel dahin ausgedrückt, daß die Erbschaft dem eingesetzten Erben zufallen solle, wenn auch das Testament, als solches, nicht bestehen, also die Erbeinsetzung nicht aufrecht erhalten würde. Der letztere Fall tritt bei der Präterition der Notherben ein, und es kann daher der Nachlaß als directe Erbschaft allerdings nicht gefordert, wohl aber als ein den Notherben auferlegtes Fideicommiß verlangt werden, da schon nach dem Rechte der Pandecten — l. 2. §. 4. D. de iure codic. — der Grundsatz galt hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommisso petitur salva ratione legis Falcidiae." Dieser Wille des Testirers muß um so gewisser aufrecht erhalten werden, da er über den Theil seines Vermögens, welcher den Pflichttheil dir Notherben übersteigt, frei zu verfügen, befugt ist. Soviel den Sächsischen Gerichtsgebrauch betrifft; so

Digitized by Google

neigt sich dieser mehr auf eine Bestätigung des Satzes hin, daß durch die Codicillarclausel, mit alleiniger Ausnahme der Fälle, wo von Seiten der Person und Willensfreiheit des Testirers oder in Form des letzten Willens, als Codicill betrachtet, sich ein Mangel vorfindet, ohne Unterschied, ob blos in der äußern oder auch in der inneren Solennität des Testaments, in der Erbeinsetzung, einen Fehler und Mangel vorwaltet, das Testament in ein Codicill oder Fideicommiß verwandelt, und den Intestaterben die Verbindlichkeit auferlegt werde, den Testamentserben die ihm darin beschiedenen Vortheile deducta legitima als ein Fideicommiß auszuantworten, wie denn auch schon

Carpzov, Def. for. const. 9. P. III. def. 12.

die aus dem color insaniae abgeleitete Meinung, daß die Codicillarclausel im Falle der Präterition eines Notherben unwirksam sein, in den Respons. lib VI. lit. 1. resp. 7. N. 7. wieder aufgegeben hat. Die Juristenfacultät zu Wittenberg hat nach

Berger, Oec. iur. lib. II. lit. 4. th. 36. not. 1. pag. 465. ed. Haubold.

Horn, Resp. iur. Class. VII. resp. 14.

Wernher, P. I. obs. 279. n. 12 sq. B. II. obs. 419.

Wiesand, Observat. iur. Rom. et Sax. sp. V. obs. 2. in Opusc. pg. 52.

nicht minder der Schöppenstuhl zu Leipzig, nach dem Supplemente zu der Wernherschen Obs. 414, dem angegebenen Princip beigepflichtet, und das vormalige Appellationsgericht in mehreren Fällen, nach

Kind, t. I. cap. 50. ed. 2. pag. 361 sq.

dieselbe Ansicht getheilt. Nur die Juristen-Facultät zu Leipzig hat nach Berger und den Supplementen zu Wernher entgegengesetzte Meinung angenommen, obschon

Hommel, obs. 700 n. 2.

davon abgewichen ist. Das Oberappellationsgericht hat die Gründe für die Ansicht der Wittenberger Facultät und des Leipziger Schöppenstuhls überwiegend gefunden.

Digitized by Google

175.

Dolus dans causam contractui und dolus incidens

Erk. vom 29. Juli 1847, in S. Graf und Lürrmann ./. König.

Die Rechtslehrer sind darüber, ob nach den Römischen Gesetzen zwischen einem dolus dans causam contractui und einem dolus incidens ein Unterschied zu machen sei, und nur wegen des erstern die gänzliche Wiederaufhebung des Vertrags, wegen des letztern aber blos Entschädigung verlangt werden kann, streitig Gottschalk, Disc. for. ed. 2 Tom. III. cap. 34. pag. 412. sq. und die in den Noten a. und b. allegirten Schriften.

Die Vergleichung des Inhalts der l. 7. pr. D. de dolo malo (4. 3.) und l. 43 §. 4 D. de act. emt. vend. (19. 1) zeigt, daß die Römischen Juristen allerdings nur dann, wenn die Eingehung des ganzen Kaufgeschäfts durch den Betrug herbeigeführt wurde, dem Verletzten den Anspruch auf Wiederaufhebung des Kaufs, dann aber, wenn der Kauf, auch ohne daß ein Betrug dabei gespielt wurde, eingegangen worden sein würde, und der dolus um auf gewisse vertragsmäßige Bestimmungen, insonderheit auf die Höhe des Kaufpreises eingewirkt hat, einen Anspruch auf Schadloshaltung ertheilt haben.

Die Worte der erstern Gesetzstelle: „nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscribitur," und die der zweiten: si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, emti eum iudicio teneri, ut praestant emtori, quanti pluris servum amisset, si etc." lassen das nicht bezweifeln. Nicht aufgehoben wird diese Lehre durch die Verordnung der Römischen Kaiser in l. 5 C. de rescind. vend. (4. 44.), indem darin nach den Worten: „si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse, praeses animadverterit, rescindi venditionem iubebit," nur von dem Falle die Rede ist, wenn der Verkäufer durch einen dolus des Käufers zu Eingehung des Handels, welchen er außerdem gar nicht abgeschlossen haben würde, veranlaßt worden ist. Dies ergiebt sich noch unwiderlegbarer, wenn man hiebei erwägt, daß die Römischen Juristen auch l. 16 §. 7 D. de minor. (4. 4.), l. 22. §. 3. l. 23. D. loc. (19. 2.) von

Digitized by Google

der dem Leben ganz entsprechenden Voraussetzung ausgingen, es sei ganz natürlich und unversagt, wenn bei einem Kaufsgeschäfte der Verkäufer dahin, möglich theuer zu verkaufen und der Käufer dahin strebe, möglichst wohlfeil zu kaufen, daß dies nach l. 2 und 8. C. de rescind. vend. (4. 44.) von demselben Kaiser, welcher die Verordnung l. 8 C. (4. 44.) ertheilte, anerkannt, und nur eine mehr, als die Hälfte des Werths betragende Preisverletzung für unstatthaft erklärt, dabei jedoch immer nicht unbedingt ein Anspruch auf gänzliche Wiederaufhebung des Handels gegeben, sondern dem Gegner des Verletzten die Wahl gestattet wird, durch Schadloshaltung die Rescission abzuwenden.

Mit Recht wird daher von

Curtius, Handb. des Civilrechts. 3. Th. §. 1138 und den in der Note 6 genannten Rechtslehrern, insonderheit von

Nettelblatt, (Reuter) Diss. de doli incid. et caus. dantis in contract. effecta. Halae 1744 §. 11. 13.

Glück, Erläuter. der Pand. Th. 4. S. 114. 122.

Carpzov, Iurispr. for. P. II. const. 34. def. 9.

so wie von einer großen Anzahl anderer z. B.

Hartm. Pistoris, P. I. qu. 23. N. 4.

Voet, Comment. ad Pand. IV. tit. 5. N. 3.

Huber, Prael. ad Pand. t. IV. tit. 3. N. 4.

Lauterbach, Comp. Pand. lib. IV. tit. 3. S. 6. sq.

Brunnemann, Comment. ad Pand. l. 7.

Müller ad Struv, exerc. §. 33 vot. a.

Perez, Com. in Cod. lib. II., tit. 21. N. 5.

angenommen, es stehe dann, wenn der Betrug nicht dazu, daß ein Kaufgeschäft eingegangen worden ist, welches außerdem nicht eingegangen worden sein würde, die veranlassende Ursache gewesen ist, sondern blos auf die Bestimmung des Käufers eingewirkt hat, den Verletzten blos ein Anspruch auf Schadloshaltung, nicht auf die gänzliche Rescission des Handels zu.

Damit tritt auch das, was

Treitschke, Kaufcontract, §. 24 S. 33 flg., § 34. S. 57 ff.

angiebt, nicht geradezu in Widerstreit, indem derselbe, unter

Verweisung auf l. 5. C. de rescind. vend., ebenfalls einen Unterschied darauf setzt, ob der Betrug als Ursache davon, daß das ganze Geschäft eingegangen worden, zu betrachten sei, oder ob es nur auf die Modalität des Geschäfts eingewirkt habe. So wenig es bestritten werden mag, daß Fälle vorkommen können, daß betrügerische Vorspiegelungen, welche sich zunächst und auf den Preis beziehen, Anlaß zum Abschlusse des ganzen Handels sind, und dieser außerdem gar nicht eingegangen worden wäre, so gewiß ist es, daß öfter noch bei den auf den Preis sich beziehenden falschen Vorspiegelungen der Handel an sich, auch ohne solche abgeschlossen und nur der Preis anders bestimmt worden sein würde.

176.

Der Hauptprozeß gleich im Provocationsprozesse mit abgemacht.

Erk. vom 17. März 1847, in S. v. Kommerstädt u. Fürst Reuß ./. Gemeinde Niederrödern.

Ein Beklagter im Provocationsprozesse hat allerdings nicht blos das Recht, gegen die Statthaftigkeit der Klage — solche als Provocationsklage betrachtet — Einwendung zu machen, sondern es steht ihm auch frei, auf den Anspruch selbst, dessen er sich berühmt hat, einzugehen, und denselben an- und auszuführen, jedoch nach E. P. O. tit. 5, §. 5. 6, und

Biener, syst. prac. §. 312

in der Maße, daß er entweder, wenn er documenta quarentigiata in Händen hat, vor dem Termin den Kläger zur Recognition citiren läßt, und sie dann im Termine producirt; oder, wenn er dergleichen Urkunden nicht hat, oder nicht gleich davon Gebrauch machen will, von Provocatem Einlassung und Antwort auf sein Vorbringen sub praeiudicio fordert, worauf im letzteren Falle sogleich ein Provocationsprozeß über die merita seines Anspruchs und, nach Befinden, auf Eidesleistung oder förmlichen Beweis zu erkennen ist. Hat der Beklagte keinen der beiden Wege eingeschlagen, oder stellt sich dessen Vorbringen

Digitized by Google

nicht als schlüssig, oder factisch gehörig begründet dar, so bleibt dem Richter nichts übrig, als ihn zu Bestellung der ordentlichen Klage zu verurtheilen.

177.

Vergleich über künftige Alimente eines unehelichen Kindes ohne gerichtliche Concurrenz.

Erk. vom 1. Febr. 1849, in S. Wagnerin ·|. Riegel.

Der Beklagte behauptet, unter Bezugnahme auf l. 8. C. de transact. (2. 4.), daß ein Vergleich über alimenta futura ohne gerichtliche Concurrenz für unstatthaft zu achten sei. Die gedachte Gesetzstelle ist iedoch eines Theils, wie sie sich aus l. 8. D. de transact. (2. 15) ergiebt, lediglich von solchen zukünftigen Alimenten zu verstehen, welche in einem Testamente hinterlassen worden, andern Theils, wenn man auch annehmen wollte, sie sei analog auch auf alimenta ex lege debita anzuwenden, iedenfalls blos auf die Fälle zu beschränken, wo der Alimentarius selbst sich auf eine Aversionalsumme vergleicht. Im vorliegenden Falle aber handelt es sich von einem dem zu alimentirenden Kinde an sich nicht präiudicirlichen Vergleiche zwischen dessen Mutter und deren Schwängerer, wodurch erstere gegen ein gewisses Geld die Beitragspflicht des letztern zu Unterhaltung des Kindes auf sich genommen haben soll, und daß dergleichen Vereinigungen auch ohne gerichtliche Bestätigung und Decretsertheilung von rechtlicher Wirkung unter den Paciscenten sind, ist wenigstens nach Sächsischem Rechte nicht zweifelhaft.

Biener, opusc. academ. Vol. II., XC. pag. 354 sq. Interpret. et resp. praesent. ex iure Sax. cap. XII.

Digitized by Google

178.

Bemerkungen über die Actio Pauliana.

Erk. vom 17. März 1847, in S. des Friedricischen Creditwesens ./. Crußen.

Die Klage war auf Rescission eines Kaufgeschäfts über 55 Berliner Wispel Waizen gerichtet, welches vor Ausbruch des Concurses zwischen dem Administrator der Handlung und dem Erblasser der Beklagten abgeschlossen worden sei, und durch welches Letzterer auf eine zu Recht nicht beständige Weise Deckung für ein dem Handlungshause C. zu Hamburg, dessen Theilhaber er gewesen, an die ersigedachte Handlung zuständige Forderung zum Nachtheil der übrigen Gläubiger erhalten haben sollt. In zweiter und dritter Instanz erfolgte eine unbedingte Verurtheilung der Beklagten. Die letztere Instanz bemerkte unter andern dabei:

1. Darüber, daß die Paulianische Klage dann, wenn der Gemeinschuldner, bei bereits eingetretener Insolvenz, einem seiner Gläubiger eine noch nicht gefällige Forderung bezahlt hat, schon hierdurch allein begründet, und daß solchenfalls nicht die Bezugnahme auf eine inscientia fraudis, Seiten des begünstigten Gläubigers, nöthig sei, sprechen die Gesetze — l. 10 §. 12, l. 17. §. 2 D. quae in fraud. (42. 8) bestimmt aus. Zudem lassen auch die Confessata des Erblassers und dessen Stellung zu der Friedericischen Handlung nicht bezweifeln, daß er den insolventen Zustand der letztern zur Zeit des angefochtenen Geschäfts gekannt habe.

2. Das Gesetz selbst — 2. l. pr. eod. — sagt ausdrücklich, daß die Klage ebensowohl von dem curator bonorum angestellt werden könne, als von einzelnen Gläubigern, dafern diese allein die Verletzten sind. Wenn eine noch nicht gefällige Forderung bezahlt wird, leiden alle Gläubiger darunter; indem die Concursmasse durch Entziehung des zu der Gratification verwendeten Geldes vermindert wird. Dabei ist kein Unterschied darauf zu setzen, ob die Gratification durch baare Zahlung oder durch Gebung einer Sache an Zahlungsstatt geschehen.

Gottschalk, Discept. for. T. I. cap. 36 pag. 386. 392.
Biener, Oposc. acad. T. II. pag. 317.

Digitized by Google

Curtius, Handb. des Civilr. §. 587 Note 6.

Kori, System des Concursprozesses §. 44 S. 68.

Anderer Meinung ist

Franke, im Archiv für civilist. Prax. Bd. 16. S. 262. 269. fg.

3. Die von einigen Rechtslehrern aufgestellte Meinung, daß die durch Bezahlung einer noch nicht gefälligen Forderung veranlaßte Klage auf das Interusurium zu beschränken sei, wird widerlegt von

Franke, a. a. O. S. 266.

Archiv f. civil. Prax. Bd. 21 S. 75.

Curtius, a. a. O.

und auch das Oberappellationsgericht ist stets dieser letzten Meinung gewesen. Die von den Gegnern angeführten Gesetzstellen l. 10 §. 12, l. 17 §. 2 eod. stehen ihnen, wie insonderheit Franke, a. a. O. dargelegt hat, entgegen. Mit dem „commodum in repraesentatione" — l. 16 §. 12. eod. — und dem „tantum, quanti creditorum interest" — l. 17 §. 2. eod. — ist offenbar nicht blos das Interusurium gemeint, sondern das Recht der Mitgläubiger auf gleiche Vertheilung der Masse, zu welcher der Betrag der von der Zeit bezahlten Schuld gehört, und dies um so gewisser, wenn man erwägt, daß, nach l. 1 §. 2, l. 10 §. 23, l. 14 eod. die prätorische Klage auf Revocation des begünstigenden Geschäfts, auf Herstellung des vorigen Standes, und nach l. 6 §. 7. eod. „exaequandum ceteris creditoribus," auf Bewirkung einer Gleichstellung der übrigen Gläubiger mit dem begünstigten gehen soll.

4. Da der formelle Concurs spätestens am 7. Juni 1844 eröffnet worden ist; so lassen schon die Handlungen des Erblassers der Beklagten, namentlich die Deckung desselben durch Ueberlassung von 35 Berliner Wispeln Waizen zu Ende des Monats Mai 1844, keinen Zweifel übrig, daß zu dieser Zeit, also kaum 8 Tage vor der formellen Concurs-Eröffnung, materielle Insolvenz vorhanden gewesen sei. Man könnte sich demnach mit einer Verweisung auf den mit Anerkennung des Satzes, daß bei der Paulianischen Klage der Kläger die materielle Insolvenz zur

Digitized by Google

Zeit des ihm nachtheiligen Geschäftes beweisen müße, verbundenen, unverkennbar durch die Erfahrung bestätigten Beisatz in Gottschalk, l. c. pag. 396, ad. l.

„nisi quod vulgo sit, rei familiaris conturbatio liquido statim appareat," begnügen.

Zwar wollten die Beklagten behaupten, daß bei Eingehung des Geschäfts ihres Erblassers materielle Insolvenz der F. Handlung gar nicht vorgelegen habe, weil, wenn auch die Passiven die Activen um 74,484 thlr. 15 gr. 6 pf. überstiegen, doch unter ienen ein Anspruch der verwittweten W. von ungefähr 96,560 thlr. sich befunden habe, welcher damals noch nicht zahlbar gewesen sei, und von dem auch später eine Summe von 50,000 thlr. nicht zurückgefordert werden könne.

Die von der W. gestattete Gestundung aber ist nur unter der Bedingung pünktlicher Verzinsung und unter der Voraussetzung des ungestörten Fortbestandes der F. Handlung gewährt worden. Daß die Handlung nicht hat im Umtriebe erhalten werden können, zeigt die Concurs-Eröffnung, welcher ein Circular des, wegen andrängender Wechselgläubiger, vorher schon vielfach in Verlegenheiten gewesenen Administrators der Handlung vorausging, in welchem den Gläubigern eine Aussicht auf 40% gemacht wird.

Die von der Beklagten berufene l. 7 §. 14 D. ex quib. causis (42. 4.), womit l. 14 §. 2 im Einklange steht, paßt nicht hierher. Daraus, daß derienige Gläubiger, dessen Forderung noch nicht gefällig ist, eben so wenig auf den Concurs provociren, als klagen darf, folgt nicht, daß derselbe dann, wenn der Schuldner andrer Gläubiger die diesen zustehenden gefälligen Forderungen zu bezahlen nicht vermag, und deshalb sein Vermögen den Gläubigern abtritt, nicht mit als Gläubiger zu betrachten, und bei der Vertheilung des Vermögens des Schuldners ganz unberücksichtiget zu lassen sei. Vielmehr wird auch denienigen Gläubigern, deren Forderung noch nicht belegt ist, dafern die sonstigen Vorbedingungen des Separations-Anspruchs vorhanden sind, dieser Anspruch — l. 4. D. de separat. (42, 6), und außer dem Falle eines Concurses der Antrag auf Sicherstellung gestattet — l. 44. D. de indiciis (5. 4.),

v. Langenn und Kori, Erörterungen. Th. 2. N. 19 S. 193. 2. Auff.

179.

Der die Entrichtung von rebus fungibilibus verlangende Kläger hat kein Recht, gerade den höchsten Werth derselben zu verlangen.

Dasselbe Erkenntniß.

Der Kläger hat sein Petitum alternativ, entweder auf das Getraide — vergl. den vorigen Rechtssatz im Eingange S. 252 — in quali et quanto mit Aufmaaß, oder auf den höchsten Werth seit dem 1. Juni 1844 nebst landüblichen Verzugszinsen gerichtet, ohne anzugeben, wer wählen solle, und ohne sonst zur Motivirung des auf dem höchsten Werth gerichteten Verlangens irgend etwas in der Klage zu erwähnen. Die zweite Instanz hat, annehmend, das Gesuch beschränke sich auf den höchsten Werth in der Zeit vom 1. Juni 1844 bis zur Klaganstellung, Bedenken getragen, auch in dieser Beschränkung darauf einzugehen, weil mit der Paulianischen Klage eben nur die Herstellung des vorigen Zustandes zu fordern sei, und weil, dafern sich bei der Hilfsvollstreckung das erforderliche Getraide im Besitze der Beklagten nicht vorfinden soll, die Vorschriften des Gesetzes vom 28. Febr. 1838 §. 74 in Wirksamkeit zu treten haben würden. Theils aus der Verweisung auf §. 74 und nicht auf §. 73 des Executionsgesetzes, theils aus den Worten „das erforderliche Getraide" zeigte es sich, daß auch hier die zweite Instanz davon ausgegangen ist, es liege eine Klage auf Qualität, nicht auf eine species vor. Aus dem fernern Inhalte aber und daraus, daß die in der ersten Instanz ausgesprochene Abweisung des Suchens, insoweit es auf den höchsten Werth nebst Verzugszinsen gerichtet, nicht bestätiget worden ist, folgt, daß dem Kläger, dafern die Beklagte die libellirte Quantität Roggen nicht in natura herausgeben kann, oder will, den Werth nebst der Vergütung seines Interesses fordern kann, wie solches durch Sach-

Digitized by Google

verständige angegeben, oder, wenn dies nicht thunlich, von ihm eidlich versichert wird. Die Befürchtung des Klägers, daß die Beklagte nicht grade dasselbe Getreide zurückgeben werde, welches ihr Erblasser von der F. Handlung erhalten, und daß es daher dahin kommen könne, daß im Executionsverfahren erst noch über die Werthserstattung erkannt werden müsse, ist, in Rücksicht auf §. 74 der Executionsordnung, nicht begründet; sie würde auch, wäre sie begründet, durch eine Verurtheilung der Beklagten in die Werthserstattung immer nicht ganz entfernt werden, weil der Kläger keinen terminum ad quem angegeben hat, bis zu welchem vom 1. Juli 1844 an die Getreidepreise berücksichtiget werden sollten.

Dem Anspruche des Klägers auf den höchsten Werth (neben welchem zudem Verzugszinsen davon wenigstens vor dem Eintritte dieses höchsten Werthes nicht verlangt werden könnten) stehen aber erhebliche Bedenken entgegen. Es finden sich zwar in den Römischen Gesetzen Stellen vor, welche für den Ausspruch allegirt werden könnten: l. 3. §. 3, l. 21. §. 3. D. de act. emt. (19. 1.), l. 29. D. de act. rer. amat. (25. 2.), l. 2. §. 3. D. de priv. del. (47. 1.), besonders l. 8. §. 1. D. de condict. furt. 13. 1.) „id tempus spectandum, quo res nonquam plurimi fuit; semper enim moram fur facere videtur."

Glück, Erläuter. der Pand. Th. 22. S. 271.

So wenig iedoch die Rechtslehrer in diesem Punkte harmoniren, und so sehr auch die Praxis in älteren Zeiten diesfalls geschwankt hat, so hat sich solche doch namentlich bei dem vormaligen Appellationsgerichte,

Gottschalk, disc. for. T. I. c. 14. pag. 154 ed. 2.

und bei dem Oberappellationsgerichte,

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwalt. N. F. Bd. Präiudiz N. 19. a. E. S. 188.

in neuerer Zeit dahin entschieden, daß bei der Klage auf Abentrichtung von rebus fungibilibus — z. B. Getreide — durch die mora des Schuldners keineswegs eine Verbindlichkeit desselben, den höchsten Werth zu erstatten, herbeigeführt wird, sondern dem Gläubiger, wenn er nicht die Entrichtung in natura nebst

Digitized by Google

dem Aufmaße verlangt, nur ein Anspruch auf den zur Verfallzeit gestandenen Preis nebst Verzugszinsen zukommt.

180.

Indirekter Beweis der bei einer spätern Preisgebung bereits statt gefundenen Schwangerschaft.

Erk. vom 15. Mai 1847, in S. Lehmannin ℳ. Grafen von Luisi.

Der Beweis, daß eine Frauensperson bei einer in Frage befangenen Preisgebung bereits schwanger gewesen sei, wodurch die unstatthafte Einrede der ungewissen Vaterschaft berichtiget und statthaft gemacht wird, kann zwar auch auf indirektem Wege geführt werden; allein die Beschaffenheit des geborenen Kindes, auf welche sich häufig in solchen Beweisen bezogen wird, genügt in dieser Beziehung allein noch nicht, ia nicht einmal zur Rechtfertigung eines Legaleides. Denn die l. 12. D. de statu hom. (1. 5.) setzt einen gewissen Zeitraum fest, an welchen man sich, hinsichtlich der Legitimität, in rechtlicher Beziehung zu halten hat, und erkennt ein innerhalb desselben gebornes Kind unbedingt für ein legitimes an, ohne dies von der ärztlichen Untersuchung über seine Reife abhängig zu machen, und die in dieser Stelle, so wie in l. 3. §. 11. D. de suis et legitim. hered. (38. 16.) festgesetzten Termine der Früh- oder Spätgeburten haben offenbar den Zweck, hierüber etwas Sicheres an die Hand zu geben, und die Frage über die Legitimität nicht in iedem einzelnen Falle dieser Art von dem nicht selten schwankenden und kein bestimmtes Resultat gewährenden Ausspruche Sachverständiger abhängig zu machen.

Diesen Grundsatz, so wie die Praxis, daß die Bestimmungen des Römischen Rechts auch auf uneheliche Kinder anzuwenden seien, hat das Oberappellationsgericht festgehalten.

Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwalt. N. F. Bd. 1. S. 93.

Schwarze u. Heyne, Untersuch. pract. wichtiger Materien. XI. S. 296.

und in einem Urthel in S. Dehnert ℳ. Polter vom 23. Juli 1845.

Daraus folgt jedoch nur, daß die Beschaffenheit des gebornen Kinder allein nicht ausreicht, um in rechtliche Gewißheit zu setzen, daß die Mutter zur Zeit der fraglichen fleischlichen Vermischung bereits schwanger gewesen sein muß. Keineswegs aber ist die Möglichkeit ausgeschlossen, z. B. Aussagen von Zeugen, Hebammen und sonst, daß das Kind ein völlig ausgetragenes, starkes, kräftiges, alle Merkmale einer neunmonatlichen Geburt an sich getragenen habendes Kind gewesen sei, in Verbindung mit andern Thatsachen, und dem Gutachten eines verpflichteten Arztes, zu benutzen.

184.

Verwendung der Zinsen von Erstehungsgeldern.

Verordnung vom 12. Febr. 1849, in S. des Winterbarthschen Schuldenwesens.

Die Meinung, daß die Zinsen von den Erstehungsgeldern eines verpfändeten Grundstücks zuförderst zur Berichtigung der fortlaufenden Zinsen der hypothekarischen Forderungen verwendet werden müßten, ehe etwas davon auf die Capitalien gerechnet werden könne, hat keine rechtliche Grundlage. Vielmehr haben die Zinsen solcher Forderungen, rückständige wie fortlaufende, gleiche Priorität mit dem Capitale selbst, und erst wenn der ältere Gläubiger, wegen Capitals und aller Zinsen befriedigt ist, kann der jüngere Gläubiger zur Befriedigung kommen. l. 18. D. qui potiores in pignore. (20. 4.) „Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus, eidemque debitori Maevius sub üsdem pignoribus pecuniam dedit. Quaero an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt ante, quam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit: Lucium Titium in omne, quod ei deberetur, potiorem esse?"

Nun hat zwar das Sächsische Recht dieses Vorzugsrecht der Zinsen im Concurse nur auf die seit den letztern drei Jahren

vor entstandenen Concurse oder erhobenen Klage rückständigen Zinsen beschränkt, E. P. O. Tit. 41. §. 6.

Reinhardt, Ordnung der Gläubiger. §. 163.

und nach dem Gesetze, die Grund- und Hypothekenbücher betr. vom 6. Novbr. 1843, §. 69 findet diese Beschränkung auch außerhalb des Concurses statt, wenn das Grundstück zur Befriedigung aller eingetragenen Gläubiger unzureichend ist.

Eben so wenig kann der Rechtssatz der Bekanntmachung vom 5. Januar 1839 — Gesetzbl. S. 15 — hier angewendet werden, da er blos damit sich beschäftiget, ob ein Gläubiger die ihm geschehenden Abschlagszahlungen zunächst auf seine Zinsen oder auf sein Capital anzurechnen habe, das gegenseitige Verhältniß mehrerer Gläubiger unter sich aber gar nicht berührt.

Eben so paßt die Vergleichung der Zinsen der Erstehungsgelder mit den Früchten der verpfändeten Sache nicht. Denn mit der Veräußerung des Pfandes ist eine Veränderung des ganzen Verhältnisses vorgegangen, und alle Gelder, welche zur Befriedigung der Gläubiger verfügbar geworden, sind hierzu nach der bestehenden Rangfolge zu verwenden, so daß der spätere erst zur Perception kommt, wenn der ältere Gläubiger ganz befriediget ist l. 18. D. eod. „in omne quod debetur", Gesetz vom 6. Novbr. 1843, §. 92, „ohne alle Rücksicht blos durch die Zeitfolge", Verordnung vom 15. Febr. 1844, §. 29, „der Reihe nach". — Ja selbst auf die Früchte der verpfändeten Sache hat der ältere Gläubiger ein besseres Recht, hinsichtlich seiner ganzen Forderung.

Gottschalk, sel. disc. for. Tom. III. cap. 18. pag. 241. ed. 2. Possunt itaque creditores, quorum nomina pignoris iure pollent, fructus ante motum concursus perceptos, dummodo adhuc extent nec a debitore consumti aut alienati fuerint, aeque ac eos, qui post motum concursum in fundo oppignorato nascuntor, eo consilii persequi, ut inde credita eorum secundum temporis ordinem exsolvantur."

182.

Billige Frist zur Räumung innegehabter Lokalitäten.

Erk. vom 27. Febr. 1849, in S. Friedrich ./. Schulzens Erben.

Der Beklagten Erblasser hatte Räumlichkeiten eines dem Kläger gehörigen Hauses eigenmächtig eine Zeitlang innebehalten. Die Kläger verlangten dafür einen Miethzins. Die Beklagten behaupteten, daß die libellirte Vergütung erst mit Ablauf von 45 Tagen, nach erfolgter Aufforderung zur Räumung anheben könne. Dieses Verlangen findet aber in der Vorschrift §. 89 des Gesetzes vom 28. Februar 1838 keine Unterstützung, da weder eine Auflage im Executionsprozesse aus gerichtlichen Urkunden, noch ein ähnliches Verhältniß hier vorliegt, mithin offenbar nicht einmal eine analoge Beachtung dieser Vorschrift hier gerechtfertiget werden könnte. Die Ansicht der zweiten Instanz, daß der Erblasser der Beklagten nicht sofort an demjenigen Tage, an welchem er die Aufforderung des Klägers erhalten, zu Räumung der widerrechtlich innegehabten Lokalitäten zu nöthigen, ihm vielmehr dazu eine billige Frist zu verstatten gewesen sein würde, wird von dem Kläger nicht bestritten, auch liegt es in der Sache selbst, daß demjenigen, welcher Lokalitäten in eines Andern Hause, wenn schon ohne dazu berechtiget zu sein, doch auch ohne ausdrücklichen Widerspruchs des Eigenthümers bewohnt oder benutzt hat, zumal wenn es eine längere Zeit hindurch geschehen ist, bei der Veranlassung zur Räumung auch die nöthige Frist dazu gegönnt werden muß, indem er diese Veranlassung nicht vorhersehen und sich im Voraus auf die Räumung nicht gefaßt halten konnte. Nur gegen die von der zweiten Instanz angenommene analoge Anwendung der für Geldzahlungen in der l. 21. §. 1. D. de const. pec. (13. 5.) bestimmten zehntägigen Frist treten Bedenken schon insofern ein, als nach andern Gesetzstellen und deren Anwendung in der Praxis in dem Falle, wenn der Verpflichtete die Zeit, zu welcher die Verbindlichkeit zu erfüllen sein würde, nicht vorhersehen konnte (z. B. l. 105. D. de solut. (46. 3.) ganz im Allgemeinen

Digitized by Google

die Bestellung einer billigen, mithin nach Beschaffenheit der Umstände von dem Richter zu bestimmenden Frist angeordnet wird.

Damit stehet auch §. 13 des Gesetzes vom 28. Febr. 1838 im Einklange, und in ähnlichen Fällen, wie der vorliegende, z. B. wenn der Satz „Kauf bricht Miethe" geltend gemacht wird, hat das Oberappellationsgericht die Nachlassung einer vierzehntägigen Frist für angemessen erachtet.

183.

Genaue Beobachtung der Form der Bekanntmachung der Edictalien im Concurse.

Erk. vom 25. Januar 1849, in S. des Friedericischen und Thomasschen Schuldenwesens.

Die Vorladung aller bekannten und unbekannten Gläubiger ist die Grundlage des Concursprozesses; nur durch diese ist die Präclusion der in dem angesetzten Liquidationstermine Außengebliebenen herzustellen, indem diese wider sich den Eintritt des in der Ladung ausgesprochenen Präjudizes verwirkt haben. Die Richtigkeit der Vorladung und die Zulässigkeit der im Gefolge derselben eingetretenen Präclusion ist demnach die Bedingung, unter welcher ein Designationserkenntniß überhaupt gefällt werden kann. Mit dem Zustande eines Concursprozesses, wie er durch eine gesetzmäßig erlassene Edictalladung eingetreten, so wie überhaupt mit dem Wesen und dem Begriffe einer peremtorischen Vorladung ist es völlig unvereinbar, daß eine anderweite zweite dergleichen vorgenommen wird, womit einer Anmeldung der präcludirten Gläubiger der Weg gebahnt würde. Denn die angemeldeten, durch den Contradictor in ihrer Gesammtheit wider die Individuen vertretenen Gläubiger haben ein unläugbares ius quaesitum auf die Ausschließung der Ausgebliebenen erhalten. Aber nicht nur, weil man der Ansicht der zweiten Instanz darin vollständig beipflichtet, daß es die Richterpflicht erfordert, die Richtigkeit der im Concurse erlassenen Ladungen zum Liquidationstermine auch ohne vorgängige Aufforderung von Seiten eines Betheilig-

Digitized by Google

ten zu prüfen, sondern auch in Berücksichtigung der vorliegenden Appellation, ist die Frage, ob die erlassene erste Vorladung als gesetzmäßig zu achten? erforderlich geworden. Man hat hierbei einen Verstoß wider das Gesetz in der Form der Bekanntmachung gefunden, daß nemlich dieselbe nur durch den Anschlag an Gerichtsstelle und nur durch Insertion in der Leipziger Zeitung und einem Dresdner Lokalblatte bewirkt worden, und es muß daher darauf ein Absehen gerichtet werden, ob, nach dem Stande der Gesetzgebung, die Unterlassung weiterer Bekanntmachung in öffentlichen Blättern als eine Verabsäumung zu achten, auf welcher die Nullität der Ladung beruhet, und ob man anzunehmen habe, daß sich das Gesetz über diesen Punkt mit hinlänglicher Deutlichkeit und Bestimmtheit ausgesprochen hat.

Man hat sich für die bejahende Meinung entschieden, indem die in dem angezogenen Gesetze ertheilten Anweisungen über die dadurch eingeführte Form der Vorladung, unter gemessener Zusammenstellung mit dem, was das Gesetz abzuschaffen bestimmt ist, über die eigentliche Tendenz dieser Legislation keinen Zweifel zulassen.

Die C. P. O. Tit. 41. §. 2, welche das bis zu ihrem Erscheinen beobachtete Verfahren, daß die bekannten Gläubiger insbesondere citirt wurden, und nur wegen der unbekannten Gläubiger eine öffentliche Vorladung zu veranstalten war, abänderte, bestimmt, „daß alle Gläubiger sub poena praeclusi edictaliter und zwar im Uebrigen auf Art und Weise, wie in der Erledigung der Landesgebrechen de ao. 1661 Tit. Von Justitiarsachen §. 10 versehen, citirt und fürgeladen" werden sollen, und änderte nur, in Hinsicht auf die Concurse der Kauf- und Handelsleute so viel, daß bei dieser Edictalladung nothwendig den Gläubigern drei Sächsische Fristen zum Erscheinen eingeräumt werden sollten, bezeichnete dagegen eine andere hier zuerst in Anregung gebrachte Maßnehmung des Gerichts, die Bekanntmachung des Termins in den Zeitungen, welche zu unterschiedenen Malen geschehen solle, ausdrücklich nur als eine Veranstaltung, die zum Ueberfluß getroffen werden möchte. Es blieb daher, was die wesentlichen Erfordernisse der zu erlassenden Citation betrifft, damals lediglich noch bei den angezogenen Bestimmungen des ältern Rechts,

Digitized by Google

nach denen es genügte, wenn die Affixion der Ladung in drei verschiedenen Jurisdictionen erfolgt war, und die hierzu bestimmten Exemplare den vollen Zeitraum von dreimal sechs Wochen und drei Tagen, außer den Tagen der Affixion und Refixion ausgehangen hatten. Größeren Werth legte das spätere Gesetz des Banqueroutiermandats vom 20. Decbr. 1766 bei den Concursen zu dem Vermögen von Kauf- und Handelsleuten in eine gewisse zweckmäßiger geregelte Vervielfältigung der Bekanntmachung der Citation. Aber hiernach blieb unverändert die Art der Bekanntmachung durch Affixion mehrer Exemplare an den Gerichtsstellen das einzige wesentliche Erforderniß.

Das Mandat enthält §. 17 die Vorschrift, die Edictalcitation außer dem foro, wo der Concurs anhängig, in drei verschiedenen ansehnlichen Handelsplätzen, besonders wo die stärksten Gläubiger befindlich, affigiren zu lassen. Die Bekanntmachung der Ladung in den Zeitungen war auch hiernach dem Richter mehr empfohlen, als zur Vorschrift gemacht. Denn es ward lediglich bestimmt, den Termin ein-, auch, nach Befinden, zu unterschiedenen Malen in den Zeitungen bekannt zu machen.

Wenn man sich erinnert, daß in der 42 Jahre vorher erschienenen C. P. O. die Bekanntmachung aller Edictalladungen im Concurse durch die Zeitungen ausdrücklich nur als eine Maßnehmung zum Ueberflusse, und, wie sich Griebner darüber ausgesprochen, als eine Verfügung ad bene esse behandelt worden; so kann man um so weniger aus dieser Stelle des Banqueroutiermandats, in Hinweisung auf die Insertion der Ladung in den Zeitungen, die Feststellung einer eigentlichen Solennität abnehmen, deren Vernachlässigung die Nullität der Citation zur Folge haben sollen, als sogar dem Richteramte in der Modalität der Ausführung dieser Vorschrift ein ganz unbeschränkter Spielraum gegeben worden. Denn es gebricht an allen Bestimmungen über die zur Bekanntmachung zu wählenden Zeitungen, namentlich über die Zeit, zu welcher die Insertion geschehen, oder, nach Befinden wiederholt werden sollen; und es kann nicht geläugnet werden, daß nach der Gesetzgebung von 1766 die Edictalladungen als gesetzwidrig nicht betrachtet werden können, wenn nur die Affixion in aller Ordnung geschehen,

Digitized by Google

und die Insertion in den Zeitungen, gleichviel einer inländischen oder ausländischen, auch nur einmal, und ganz kurz vor dem Termine bewerkstelliget worden wäre. Ein Anderes ist auch nicht aus §. 12 desselben Mandats, wo diese Vorschriften fast wörtlich wiederholt zu finden, abzunehmen. So ward auch diese Gesetzgebung von den Praktikern durchgehends angenommen, deren Bedenken sich lediglich darauf beschränkten, wie die Affixion dem Willen des Gesetzgebers gemäß einzurichten sei, und in dieser Beziehung die Frage stellten, was man unter ansehnlichen Handelsplätzen zu verstehen habe? und ob dergleichen außer Leipzig noch irgendwo in Sachsen nachzuweisen sein möchten?

Eine völlige Umgestaltung des Verfahrens bei öffentlichen Vorladungen bekannter und unbekannter Personen in Criminal- und Civilsachen geschah aber mit Erlassung des Gesetzes, einige Abänderungen in dem Prozeßverfahren btl. vom 27. Octob. 1834 §. 3, worin ausdrücklich gerade dasienige aufgehoben worden ist, was, wie eben erörtert worden, als die eigentlicht Solennität, welche bei dergleichen Citationen als unerläßlich hingestellt und daher, zur Vermeidung der Nullität, streng zu befolgen war. Negati vsteht durch dieses Gesetz vor allen Dingen so viel fest, daß die Aushängung schriftlicher Ladungen an der Gerichtsstelle des Prozesses, oder bei irgend einem andern in- oder ausländischen Gerichte nicht weiter erforderlich sei. Schon diese Aufhebung des bisher Bestandenen verkündiget die Absicht des Gesetzgebers, an die Stelle der aufgegebenen Solennität ein anderes Verfahren vorzuschreiben. Denn so viel ist an sich klar, daß das Geschäft der Vorladung zu einem Termine, von dessen Beachtung die wichtigsten Partheirechte abhängig werden sollen, ohne bestimmte Formen nicht bestehen, und, so zu sagen, der Laune des Richters nicht frei gegeben werden kann, wie man sich denn auch, in dieser Beziehung auf den von der zweiten Instanz anerkannten Satz zu beziehen hat, daß in allen Prozessen über bürgerliche Rechtsverhältnisse die Citation die Grundlage des ganzen Prozesses bildet, indem es in der Natur der Sache liegt, daß dem Bedürfnisse eines formellen Rechts durch Einführung der Contumaz überall nur durch den Rigorismus in der Behandlung der dazu führenden Vorladung entsprochen werden kann.

Digitized by Google

Aber das Gesetz spricht sich hierüber auch mit deutlichen Worten aus, indem es in unmittelbarem Zusammenhange mit der nur bemerkten negativen Bestimmung fortfährt: „vielmehr hat das Gericht, statt derselben, die öffentlichen Vorladungen und Bekanntmachungen nothwendiger Subhastationen in die Leipziger Zeitung und in ein, nach richterlichem Ermessen auszuwählendes inländisches Provinzial- oder Lokalblatt, sowohl in Fällen, wo bisher die Aushängung der Ladung in auswärtigen Landen oder die Bekanntmachung in ausländischen Zeitungen gesetzlich vorgeschrieben war, außerdem noch in eine vom Gericht zu bestimmende ausländische Zeitung dreimal dergestalt einrücken zu lassen, daß zwischen dem Tage der ersten Insertion in den Leipziger Zeitungen und dem anberaumten Termine die, nach Verschiedenheit der Fälle, erforderliche Frist mitten innen liegt. Es hat aber das Gericht iedenfalls die öffentliche Vorladung oder Bekanntmachung an einem dazu geeigneten Orte des Gerichtssprengels durch einen schriftlichen Anschlag zur allgemeinen Kenntniß zu bringen, ohne daß iedoch solches als Bedingung und Erforderniß der Gültigkeit des Verfahrens anzusehen ist.“ — Bleibt man bei dieser Wortfassung stehen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, und es bestehet im Wesen der wörtlich ausgedrückten Adversative, daß das Gesetz, indem es die alte Form der Ladungen beseitiget, sofort das festgesetzte und organisirte, was gerade an die Stelle des ausgehobenen, und zwar, wenn ienes im Gehalte und Werthe einer unabänderlichen Solennität eintreten sollte. Man kann nicht daran zweifeln, daß hierunter nunmehr gerade dasienige, was bisher als unwesentlich hingestellt, und der Willkühr überlassen gewesen, durch das Gesetz zum Wesentlichen, daher auch streng zu Befolgenden erhoben werden sollen. Denn daß der Gesetzgeber, indem er die alte Form der Edictalladung abgeschafft, den Plan ergriffen, dieses wichtige und bedeutende Geschäft des Richters, welches den Vorgang und die Bedingung der Präclusion bildet, ohne bestimmte Formen bestehen zu lassen, kann durchaus nicht vermuthet werden. Wenn daher das Gesetz ausspricht, daß die Aushängung der schriftlichen Ladung an keine Gerichtsstelle in und außer Landes weiter Statt finden, und, wie am Schlusse des §. ausdrücklich erklärt worden, daß

gerade dieſe Art der Bekanntmachung, wenn ſie vom Richter aus eigenem beſonderm Antriebe, zur Hand genommen worden, als ein Act der Willkühr betrachtet werden ſollen; ſo hat man von der Vorſchrift, welche mit den Worten: „vielmehr hat das Gericht, ſtatt derſelben, die öffentlichen Vorladungen u. ſ. w.“ beginnt, gewiß nur die Anſicht zu faſſen, daß die Bekanntmachung der Ladungen durch Affixion überall durch Inſertion in die Zeitungen erſetzt werden ſoll, und daß man darnach die Fälle, wo nach dem alten Rechte nur eine einfache Affixion in loco iudicii als genügend angenommen worden, von denen zu unterſcheiden habe, wo nach der beſtandenen Verfaſſung die Affixion, außer dem Orte des Gerichts, an andern Orten geſchehen ſollen, wo namentlich die Affixion in auswärtigen Landen geſetzlich vorgeſchrieben war, dieſe Solennität durch das Einrücken der Ladung in einer ausländiſchen Zeitung deren Anordnung auf feſte Regeln geſtellt zu befinden, durchgängig vertreten werden ſoll.

Dieſe Anſicht, zu deren Rechtfertigung man nicht nöthig hat, auf die den Ständen bei Vorlegung des Geſetzentwurfs in den Landtagsakten vom J. 1834, Abth. 1. Bd. 3. S. 498 flg. unter B. B. gegebenen Motiven zu verweiſen, führt nothwendig dahin, daß man die in dem vorliegenden Concurſe erlaſſene erſte Vorladung als dem zur Zeit ihrer Erlaſſung beſtehenden Geſetze entſprechend keineswegs achten kann, weil ſie in auswärtigen Zeitungen gar nicht und am Allerwenigſten in der dafür vorgeſchriebenen Modalität inſerirt geweſen, und daß ſie darum als null zu betrachten iſt. Conſequent davon iſt, daß man ihr die Wirkung abſprechen muß, daß, im Gefolge derſelben, eine kräftige Präcluſion der außengebliebenen Gläubiger erfolgen mögen.

Das Concursgericht hatte dies gefühlt und eine neue „Bekanntmachung“ erlaſſen. Dieſe war aber nicht eine Bekanntmachung der eigentlichen Edictalladung, ſondern eine ganz neue zweite Vorladung, und der Termin ein neuer Liquidationstermin, und eben ſo gehet aus dieſer Bekanntmachung nicht hervor, was nach dem Geſetze mit der Edictalladung im Concurſe geſchehen ſoll. Es iſt kein Erlaß an die geſammten Gläubiger,

Digitized by Google

sondern nur an eine Classe von Gläubigern, die Auswärtigen. In wiefern dem Sonderintereſſe dieſer entſprochen werden ſoll, darüber hat das Geſetz durch Zulaſſung des Reſtitutionsjahres ſehr zweckmäßige Beſtimmungen getroffen. Je größer der Vortheil der Ausländer iſt, daß ihnen der Zeitraum von einem Jahre nach dem eigentlichen Liquidationstermine zur Anmeldung der verſäumten rechtzeitigen Meldung gegeben iſt, um ſo unzuläſſiger erſcheint es, den Ausländern, die in der Regel bei Nichtbeachtung des Liquidationstermins nicht ohne alle Verſchuldung ſind (indem, ſeltene Ausnahmen abgerechnet, durch die ſocialen Verhältniſſe, in welchen der Handelsſtand unter ſich ſtehet, den Gläubiger auf vielen andern Wegen, ohne Aufruf des Richters, die Kunde von der Inſolvenz ſeines Schuldners ſo zugeführt zu werden pflegt, daß er ſich durch Erkundigung die nothwendige Auskunft über die von ihm zu ergreifenden Maßnehmungen leicht verſchaffen kann), noch mit einer ganz beſondern neuen Vorladung zu Hülfe zu kommen. Aber die ganze Sache gewinnt ſchon dadurch ein anderes Anſehen, da man gewahr wird, daß dieſe „Bekanntmachung" eigentlich das Geſtändniß der bei der erſten Vorladung verſchuldeten Nullität iſt, welche nothwendig auch den Inländern zu Statten kommen muß, wenn ſie im Termine die Meldung unterlaſſen. — Ueberhaupt iſt nach richtiger Beurtheilung aller bei einer Edictalladung im Concurſe zuſammentretender Intereſſen der ſchon oben herausgehobene große Vortheil der Geſammtheit der verſchiedenen Gläubiger nicht aus den Augen zu laſſen, daß dieſe erſchienenen Gläubiger ein, nach Befinden, wichtiges Recht auf Ausſchließung der außengebliebenen Gläubiger von der ihnen zur Vertheilung ſtehenden Maſſe erworben, welches verloren wird, wenn der Richter Perſonen, welche der Form verfallen, nichts deſtoweniger zuläßt, und ſogar dieſen den Weg dazu anbahnt.

Digitized by Google

Druck von Alexander Wiede in Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google